

**Der Freibeweis und die Prozeßvoraussetzungen
im Strafprozeß**

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität
zu Freiburg im Breisgau

vorgelegt von
Hans Werner Többens

1979



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545307_0001

Der Freibeweis und die Prozeßvoraussetzungen
im Strafprozeß

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität
zu Freiburg im Breisgau

vorgelegt von
Hans Werner Többens
aus Leer

1979



kan	:	Prof. Dr. Detlef Liebs
stberichterstatter	:	Prof. Dr. Hans-Heinrich Jescheck
eitberichterstatter	:	Prof. Dr. Rudolf Schmitt
g der mündlichen Prüfung	:	19. Dezember 1979

Meinen Eltern

GLIEDERUNG

	Seite
I. DER FREIBEWIS UND SEINE ENTWICKLUNG	1
A. Darstellung der in der Strafprozeßordnung geregelten Beweisverfahren	1
1. Die Beweistätigkeit	1
2. Der Strengbeweis	1
3. Die Glaubhaftmachung	3
4. Die Abgrenzung beider Beweisverfahren	4
B. Der Freibeweis	6
1. Der Anwendungsbereich des Freibeweises	6
2. Die Ausgestaltung des Freibeweises	9
C. Zusammenfassende Definitionen der Beweis- verfahren	12
D. Die Besonderheit der doppelrelevanten Tat- sachen	13
E. Der Freibeweis aus der Sicht der Revisions- instanz	15

	Seite
1. Der Anwendungsbereich des Freibeweises durch das Revisionsgericht und seine Begründung	15
2. Die Änderung in der Rechtsprechung	18
3. Die Bindung des Revisionsgerichtes an tatrichterliche Ermessensentscheidungen	20
F. Die Entwicklung des Freibeweises. Darstellung der Versuche, seine Existenz und Abgrenzung zu begründen, sowie deren kritische Würdigung	25
1. Vorbemerkung	25
2. Wilhelm Ditzgen	25
3. Ernst Beling	30
4. Julius Kautter	40
5. August Hegler	44
6. Eberhard Schmidt	48
7. Karl Peters	52
8. Die Interpretation des § 251 Abs.3 StPO	53
9. Die Rechtsprechung	56
a) Das Preußische Obertribunal	56
b) Das Reichsgericht	60
c) Der Bundesgerichtshof	64
10. Die ablehnende Meinung von August von Kries	66
11. Herbert Wroblewski	70
12. Klaus Volk	76
13. Zusammenfassung	77

	Seite
II. DIE PROZESSVORAUSSETZUNGEN	78
A. Entwicklung und Funktion der Prozeßvoraussetzungen	78
B. Überblick über die hauptsächlichen Prozeßvoraussetzungen	81
1. Die Aburteilungsbefugnis des Gerichts	82
a) Unterfallen des Beschuldigten unter die deutsche Gerichtsbarkeit	82
b) Zulässigkeit des Strafrechtsweges	83
c) Sachliche und örtliche Zuständigkeit des Gerichts	83
2. Die Verfolgbarkeit der konkreten Sache	84
a) Die "Unberührtheit" der Sache	84
b) Niederschlagung	86
c) Verjährung	86
d) Anklage und Eröffnungsbeschluß	86
e) Strafantrag	87
3. Die Verfolgbarkeit des Beschuldigten	87
a) Lebensalter	87
b) Die Verhandlungsfähigkeit	88
c) Die Zugehörigkeit des Beschuldigten zu einem Gesetzgebungsorgan	88

III. KRITISCHE WÜRDIGUNG DER ANWENDBARKEIT DES FREIBEWEIFES BEI DER FESTSTELLUNG DER PROZESSVORAUSSETZUNGEN	90
A. Die geminderte Qualität des Freibeweises und ihre Auswirkungen	90
1. Abwägung der Vor- und Nachteile von Streng- beweis und Freibeweis	90
2. Die Feststellung der Prozeßvoraussetzungen	93
a) Die Beweisbedürftigkeit einer Prozeßvor- aussetzung	93
b) Die Prüfung der Prozeßvoraussetzungen in der Hauptverhandlung nach vorherigen Kontrollmöglichkeiten	94
c) Die Schwierigkeit bei der Wahl des Be- weisverfahrens	95
d) Die Bedeutung der Entscheidung über eine Prozeßvoraussetzung	97
e) Die Rechtskraft des Prozeßurteils	100
B. Eine Analyse der gestaffelten Relevanz von Tatsachen	104
C. Das Rückwirkungsverbot und die Prozeß- voraussetzungen	112

	Seite
IV. ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE	114
LITERATURVERZEICHNIS	
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	

I. DER FREIBEWIS UND SEINE ENTWICKLUNG

A. Darstellung der in der Strafprozeßordnung geregelten Beweisverfahren

1. Die Beweistätigkeit

Unter Beweisen wird das Vorgehen eines Gerichtes verstanden, durch bestimmte Ermittlungen vom Nichtwissen zum Wissen über Tatsachen der Vergangenheit oder Gegenwart vorzudringen ¹⁾, wobei der Begriff zerlegbar ist in die Beweistätigkeit und den Beweiserfolg.

In der Strafprozeßordnung (StPO) sind zwei Verfahrensarten geregelt, das Gericht von der Wahrheit von Tatsachen zu überzeugen, nämlich der sogenannte Strengbeweis und die Glaubhaftmachung, die sich in der Qualität und Güte des Beweiserfolges und der zu diesem Beweiserfolg führenden Beweistätigkeit unterscheiden ²⁾.

2. Der Strengbeweis

Beweisen im Sinne des Strengbeweises bedeutet eine ganz bestimmte gerichtliche Tätigkeit. Bewiesen ist eine Tatsache erst, wenn ein besonderer Erfolg, ein ganz gewisser Erkenntnisgrad bezüglich einer Tatsache beim Gericht eingetreten bzw. erreicht ist. Das Gericht hat sich dabei gemäß der Instruktionsmaxime von der materiellen Wahrheit zu überzeugen

1) Alsb. Nüse, S. 463; Löwe-Rosenberg-Gollwitzer, § 244 Rdnr. 1.

2) Eine Differenzierung der Tatsachen, die durch die verschiedenen Verfahrensarten bewiesen werden sollen, erfolgt später bei der Abgrenzung zum Freibeweis.

gen (§§ 244 Abs.2, 261) ¹⁾.

Da aber bei einem Urteil wegen der subjektiven Einstellung des Urteilenden eine objektive Sicherheit, die jeden Zweifel unmöglich macht, kaum denkbar ist ²⁾, mithin von einem Richter die Findung der absoluten Wahrheit nicht verlangt werden kann, kam es zu unterschiedlichen Auffassungen darüber, wann eine Tatsache als bewiesen i.S.d. §§ 244 Abs.2, 261 erachtet werden konnte ³⁾.

Heute hat sich die herrschende Meinung in Literatur ⁴⁾ und Rechtsprechung ⁵⁾ weitgehend dahin geeinigt, daß ein "Fürwahrscheinlichhalten" ⁶⁾ einer Tatsache nicht ausreicht, sondern bewiesen im Sinne des Strengbeweises ist eine solche erst dann, wenn der Richter davon voll überzeugt bzw. zu einer subjektiven Gewißheit gelangt ist. Das aber erfordert eine tatrichterliche Überzeugungsbildung, die eine persönliche, von Zweifeln freie Gewißheit über einen bestimmten Geschehensablauf beinhaltet.

Um eine solche Qualität des Beweiserfolges zu erreichen und sicherzustellen, hat die StPO neben der Postulierung gewisser großer Prinzipien wie etwa der Mündlichkeit, der Unmittelbarkeit und der Öffentlichkeit etc. ⁷⁾ die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung an strenge Förmlichkeiten gebunden.

-
- 1) Die Paragraphenangaben beziehen sich auf die StPO; andere gesetzliche Normen werden besonders erwähnt.
 - 2) BGH, NJW 1951, 83; BGH, NJW 1951, 122.
 - 3) Nachweise bei Eb.Schmidt I, Nr.373 u. Fußnoten.
 - 4) Eb.Schmidt I, Nr.373; ders. in JZ 1970, 337 ff.; Löwe-Rosenberg-Gollwitzer, § 261 Rdnrn.6 ff.; Klein-knecht, § 261 Rdnr.2; enger K.Peters, S.257. Vgl. Rieß, S.264 f.
 - 5) BGH 10, 208; RG 66, 163 ff.
 - 6) So noch RG 61, 202 (206).
 - 7) Darauf wird an entsprechender Stelle noch näher eingegangen. Vgl. Geppert, S.121 ff.

Der Strengbeweis ist begrenzt auf die gesetzlichen Beweismittel, also Zeugen (§§ 48 ff.), Sachverständige (§§ 72 ff.), Augenschein (§§ 86 ff.), Urkunden (§§ 249 ff.) sowie die Aussage des Beschuldigten ¹⁾. Außerdem dürfen diese Beweismittel nur nach den in den §§ 244 ff. genau festgelegten Regeln verwendet werden.

3. Die Glaubhaftmachung

Demgegenüber genügt es für die Glaubhaftmachung bestimmter Tatsachen, sie soweit zu beweisen, daß das Gericht sie für wahrscheinlich hält und in die Lage versetzt wird, ohne verzögernde weitere Ermittlungen die verlangte Entscheidung zu treffen ²⁾. Wegen dieser geringeren Anforderung an das Überzeugtsein des Gerichtes können in den Fällen der Glaubhaftmachung von Tatsachen alle Beweismittel benutzt werden, die generell geeignet sind, die Wahrscheinlichkeit des Vorbringens darzutun ³⁾. Überdies entfällt eine Bindung an die allgemeinen Regeln über die Beweisaufnahme gemäß den §§ 244 ff. ⁴⁾.

-
- 1) Kleinknecht, Einl.Rdnr.49. Die Angaben des Beschuldigten sind zwar keine Beweismittel im formellen Sinne des § 244, da seine Vernehmung nicht zur prozeßtechnischen Beweisaufnahme gehört, hingegen sind es Beweismittel im materiellen Sinne des § 261; vgl. auch KMR I, Vorbem. 1 d § 48; Roxin, S.128. - Um eine Begriffsverwirrung zu vermeiden, soll in der folgenden Untersuchung das Wort "Beschuldigter" einheitlich i.S. eines Oberbegriffes für alle Stadien des Verfahrens verwendet werden; vgl. auch Kleinknecht, § 157 Rdnr.4; KMR I, § 157 Anm.1. Ausgenommen davon sind nur die übernommenen wörtlichen Zitate.
 - 2) BGH 21, 334 (346 f.); Roxin, S.118.
 - 3) Hinsichtlich des Ausschlusses von Eid und eidesstattlicher Versicherung vgl. u.a. Löwe-Rosenberg-Wendisch, § 45 Rdnrn.23 ff. (29 f.) m.w.N.
 - 4) KMR I, § 26 Anm.3 d; Eb.Schmidt II, § 26 Erl.6 ff.; Kleinknecht, § 45 Rdnr.9; BVerfGE 38, 35 (39).

1. Die Abgrenzung beider Beweisverfahren

Der Grund für die unterschiedlichen Anforderungen an Beweiserhebung und Beweiserfolg liegt in der Verschiedenartigkeit der Tatsachen, die entweder über den Strengbeweis oder über die Glaubhaftmachung zu beweisen sind.

Der Strengbeweis mit seinem genau und verbindlich geregelten Beweisaufnahmeverfahren und der zu erzielenden subjektiven Gewißheit dient zur Überzeugungsbildung von Tatsachen, die die Schuld- und Straffrage betreffen, also zur Feststellung von Umständen, die für den Hergang der Tat, die Schuld des Täters und die Höhe der Strafe von Bedeutung sind ¹⁾. Die Aufklärung des Sachverhaltes in objektiver und subjektiver Hinsicht sowie der sich daran anschließende Urteilsspruch bedeuten das Kernstück des Strafverfahrens. Davon hängt es ab, ob der Beschuldigte freigesprochen oder zu einer Strafe verurteilt wird. Wegen dieser Konsequenzen wird das Beweisaufnahmeverfahren genau geregelt und soll ein Erfolg in Form der vollen tatrichterlichen Überzeugung erreicht werden.

Die Glaubhaftmachung ist gesetzlich als besondere Beweisart für einige speziell aufgeführte Situationen, wie etwa bezüglich der Ablehnung eines Richters (§ 26 Abs.2), für die Begründung eines Antrages auf Wiedereinsetzung (§ 45 Abs.2) oder für die Begründung eines Zeugnisverweigerungsrechtes (§ 56) ausgestaltet.

Ob sich bereits aus dem Begriff "Glaubhaftmachung" ergibt, daß der Beweiserfolg in Form der Wahrscheinlich-

1) Roxin, S.118.

keit einer Tatsache ausreicht oder erst aus der sachlichen Bedeutung der Fälle dieses Beweisverfahrens, wird in der Literatur kaum klar genug erörtert ¹⁾, soll hier aber im Sinne der zweiten Alternative gesehen werden ²⁾. Die Möglichkeit der Glaubhaftmachung einer Tatsache, also des Nachweises ihrer Wahrscheinlichkeit, besteht und reicht nicht für die Fragen, die die Schuld- und Strafsproblematik ausmachen oder eng mit ihnen zusammenhängen, sondern es handelt sich um Entscheidungen über prozessuale Punkte ohne direkten Einfluß auf den Prozeßgegenstand, bei denen der Natur der Sache nach ein minderer Beweisgrad ³⁾ ausreicht.

Da sich das Gericht bei der Glaubhaftmachung mit der Wahrscheinlichkeit der zu beweisenden Tatsachen begnügen kann, läßt sich hier auch auf die Formprinzipien der Be-

1) Eb.Schmidt II, § 26 Erl.5; Löwe-Rosenberg-Dünnebier, § 26 Rdnr.25.

2) Hauptvertreter der Meinung, das Genügen der Wahrscheinlichkeit ergebe sich aus dem Begriff "Glaubhaftmachung", waren Bennecke-Beling, S.321, wo ausgeführt wird: "In einzelnen Fällen der Feststellung prozessual erheblicher Tatsachen genügt sogar die - ungefähr der gemeinrechtlichen 'Bescheinigung' gleichkommende - sogenannte Glaubhaftmachung, d.h. eine Tätigkeit, durch die bloss die Wahrscheinlichkeit, nicht wie beim Beweis die Gewissheit, der Tatsache dargethan wird". Daß dies zu einer unnötigen Identifizierung von Beweis und Strengbeweis führt, haben schon Ditzzen, S.6 f. und Alsberg-Nüse, S.463 Fn.10, dargetan, deshalb soll hier der Begriff "Beweis" für beide Verfahrensarten verwendet werden; s.a. Eb.Schmidt I, Nr.379 Fn.96.

3) Vgl. Bennecke-Beling, S.321, die, obwohl sie die Wahrscheinlichkeit bereits aus dem Begriff Glaubhaftmachung (s.o.) ableiten, ebenfalls auf die prozessuale Natur der zu beweisenden Tatsachen abstellen und v.Kries, S.344, der von der Klärung von Zwischenfragen durch die Glaubhaftmachung im Gegensatz zur Entscheidung über den Strafanspruch spricht. Henkel, S.264 Fn.4; E.Peters, S.68.

weismittel und des Beweisverfahrens verzichten. Eine sich aus der prozessualen Natur der Fälle der Glaubhaftmachung ergebende geringere Anforderung an den Beweiserfolg läßt die Formfreiheit des Beweisverfahrens zu.

B. Der Freibeweis

1. Der Anwendungsbereich des Freibeweises

Neben diesen beiden oben dargestellten Verfahrensarten erkennt die herrschende Meinung in Literatur ¹⁾ und Rechtsprechung ²⁾ heute auch den sogenannten Freibeweis an.

Diese Terminologie entstammt dem Werk von Ditzgen, "Dreierlei Beweis im Strafverfahren", aus dem Jahre 1926, obgleich die damit zusammenhängende Problematik schon vorher von anderen Autoren gesehen und behandelt worden ist ³⁾.

Denn neben den prozessualen Tatsachen, bei denen die Strafprozeßordnung in enumerativ aufgeführten Fällen die Glaubhaftmachung zuläßt, und den materiell erheblichen Tatsachen, die also für die Schuld- und Straffrage relevant sind und

-
- 1) Löwe-Rosenberg-Gollwitzer, § 244 Rdnrn. 2 ff. u. Fn. 1 m.w.N.; Alsberg-Nüse, S. 459 ff.; Eb. Schmidt II, Vorbem. 17 ff. zu §§ 244-256; Roxin, S. 118 f.
 - 2) S. u.a. RG 4, 264 f.; RG 10, 253 f.; RG 12, 327 (330); BGH, MDR 1955, 143 f. (mitgeteilt von Dallinger); BGH 7, 202 (204); BGH 16, 164 ff.; BGH 28, 116 ff.
 - 3) Alsberg, GA 62 (1916), 1 ff.; Beling, Festschrift S. 87 ff.; Hegler I, S. 192 ff. u. S. 385 ff.; Hegler II, S. 267 ff.; Kautter, Diss. Tübingen 1913.

bezüglich derer Strengbeweis gilt, gibt es noch eine große Anzahl anderer prozessual erheblicher Tatsachen. So muß das Gericht prüfen, ob Prozeßvoraussetzungen gegeben sind ¹⁾, ob die tatsächlichen Voraussetzungen einzelner Verfahrensentscheidungen vorliegen etc. ²⁾.

Diese Tatsachen, die für prozessuale, das Verfahren selbst betreffende Maßnahmen oder Entscheidungen des Gerichtes maßgebend sind, sollen nach der herrschenden Meinung im Wege des Freibeweises ermittelt werden können. Es handelt sich dabei um Tatsachen, die den Inhalt der Sachentscheidung nicht unmittelbar beeinflussen, sondern für die Zulässigkeit oder den Fortgang des Verfahrens oder für die Vornahme einer Verfahrenshandlung Bedeutung haben. Diese können in einem freien Beweisverfahren festgestellt werden ³⁾.

Strittig in diesem Zusammenhang ist die Frage, ob der Informationsprozeß, in welchem sich das Gericht Kenntnis von in- und ausländischen Rechtssätzen sowie von Gewohnheitsrecht verschafft, ebenfalls als Freibeweisverfahren anzusehen ist ⁴⁾.

-
- 1) Dieser Begriff soll auch die Prozeßhindernisse erfassen, s.a. unten S.78 und Fn.1.
 - 2) Vgl. Gössel, S.196 f.
 - 3) Löwe-Rosenberg-Gollwitzer, § 244 Rdnr.2 u. Fn.1. Auch die Beweisaufnahme in der mündlichen Verhandlung nach § 138d soll den Regeln des Freibeweises unterliegen. Vgl. BGH 28, 116 ff.; Kleinknecht, § 138d Rdnr.10; a.A. Löwe-Rosenberg-Dünnebier, § 138d Rdnr.8.
 - 4) Bejahend Löwe-Rosenberg-Gollwitzer, § 244 Rdnr.4 u. Fn.4 m.w.N.; Kleinknecht, § 244 Rdnr.19 i.V.m. § 337 Rdnr.9; Alsberg-Nüse, S.462 f.; verneinend Eb.Schmidt I, Nr.377 u. Fn.94 m.w.N., mit dem Hinweis, daß die StPO keinen dem § 293 ZPO entsprechenden Rechtssatz enthält.

Auszuweichen ist vom Grundsatz "iura novit curia". Vom Richter wird verlangt, daß er das anzuwendende Recht kennt und auch zu handhaben weiß. Es gehört zu seiner Pflicht, sich über die Benutzung der einschlägigen Literatur, über Diskussionen, Kollegenbefragungen etc. auf den neuesten Informationsstand zu bringen. Wie er sich die Kenntnisse aneignet, ist dem Richter selbst überlassen, alle Erkenntnisquellen stehen ihm frei zur Verfügung.

Bei inländischem, geschriebenem Recht ist das auch unproblematisch. Fraglich aber ist, wie sich der Richter zu verhalten hat, wenn die Anwendung ausländischen Rechts in Betracht kommt oder Gewohnheitsrecht festzustellen ist.

Dabei ist strittig, ob die Kenntnisnahme von Rechtsnormen überhaupt einem Beweisverfahren unterliegt, denn die Beweisvorschriften beziehen sich grundsätzlich auf Tatsachenfeststellungen. Zwar ist auch bei der Kenntnisnahme von ausländischem Recht und Gewohnheitsrecht Tatsächliches zu ermitteln, so etwa, ob eine bestimmte ausländische Rechtsnorm vom gesetzgebenden Land in Kraft gesetzt ist oder ob die gleichmäßige Übung der am Gewohnheitsrecht Beteiligten besteht ¹⁾. Eine wesensmäßige Verschiedenheit zwischen abstrakten Rechtsnormen und konkreten Tatsachen kann hingegen nicht verkannt werden ²⁾.

Der Hauptgrund aber, in diesem Zusammenhang ein Freibeweisverfahren abzulehnen, ist darin zu sehen, daß es im freien Ermessen des Richters liegt, ob er seine Ermittlungen

1) Kleinknecht, § 337 Rdnr.9.

2) S.a. E.Peters, S.56 f. und S.179 ff.

3) Eb.Schmidt I, Nr.377 und Fn.94.

gänzlich außerhalb des Verfahrens oder im Verfahren selbst anstellt. Auch wenn er die Informationstätigkeit in das Prozeßverfahren verlegt, unterliegt diese keinen vorgegebenen Regeln.

Die Feststellung von Rechtssätzen entzieht sich somit der Systematik der Beweisverfahrensarten ¹⁾.

2. Die Ausgestaltung des Freibeweises

Bezogen auf die oben erwähnten Anforderungen, die an die Beweistätigkeit und den Beweiserfolg zu stellen sind, zeigt der Freibeweis Komponenten des Strengbeweises sowie der Glaubhaftmachung.

Hinsichtlich des Beweiserfolges der im Freibeweis festzustellenden Tatsachen gilt die Regel, daß bei ihnen die Wahrheit in vollem Umfang zu ermitteln ist, mithin muß eine Gewißheit wie beim Strengbeweis erzielt werden ²⁾.

Auch das Prinzip der freien Beweiswürdigung in dem Sinne, daß der Richter an keine Beweisregeln gebunden ist, soll gemäß der herrschenden Meinung ebenfalls für den Freibeweis Gültigkeit besitzen ³⁾.

Die Besonderheit des Freibeweises hingegen liegt darin, daß das Gericht bei seiner Anwendung weder in der Art der Beweisaufnahme noch in der Benutzung der Erkenntnismittel irgendwelchen gesetzlichen Vorschriften unterliegt. So kann etwa auf den Akteninhalt unabhängig von

1) Eb.Schmidt I, Nr.377 u. Fn.94.

2) Alsberg-Nüse, S.475 u. Fn.62 f.

3) Alsberg-Nüse, S.476; Beling, Lehrbuch S.321 Fn.1; Ditzgen, S.56; Kautter, S.21.

einer Beschränkung durch § 250 zurückgegriffen werden, das Gericht kann Auskünfte und dienstliche Äußerungen mündlich, schriftlich, aber auch telephonisch einholen, es ist nicht an die Grundsätze von Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und Öffentlichkeit gebunden und kann das Verfahren nach pflichtgemäßem Ermessen gestalten ¹⁾.

Der Freibeweis soll demnach zu ungeminderter Überzeugungsstärke bei freier Form der Tatsachenfeststellung führen.

Eine gewisse Einschränkung des Ermessens wird in der Literatur zwar bejaht, aber nicht einheitlich vollzogen ²⁾. Teils erfolgt ein allgemeiner Vorbehalt dahingehend, daß alle Erkenntnisquellen benutzt werden können, die nicht sittenwidrig sind und zu einem ordnungsgemäßen Verfahren nicht in Widerspruch stehen ³⁾, teils wird die Meinung vertreten, die Beweisverbote hätten gleichmäßig Geltung für den Streng- und den Freibeweis ⁴⁾. Übereinstimmung aber herrscht insoweit, daß zumindest bestimmte gesetzliche Verbote zur Wahrung der Interessen Dritter wie etwa Zeugnis- und Auskunftsverweigerungsrechte ebenfalls im Freibeweisverfahren beachtet werden müssen ⁵⁾.

1) Alsberg-Nüse, S.476 f. u. Fn.66 ff.; E.Peters, S.58 u.Fn.213 ff. m.w.N.; Löwe-Rosenberg-Schäfer, Einl. Kap.11 Rdnr.14.

2) Löwe-Rosenberg-Gollwitzer, § 244 Rdnr.4; Kleinknecht, § 244 Rdnr.18; Alsberg-Nüse, S.477 f.; E.Peters, S.59 u. Fn.221-226; Wroblewski, S.23 ff.; Kautter, S.21f.

3) KMR I, Vorbem. 1 e 1 § 48, aber mit recht unbestimmt gehaltener Formulierung.

4) Beling, Lehrbuch S.322; dagegen Alsberg-Nüse, S. 477 Fn.66.

5) S.a. Alsberg-Nüse, S.461 f.; Willms, S.396, der besonders hervorhebt, daß es sich beim Freibeweis nicht um einen Beweis nach bloßem Gutdünken oder nach Willkür handelt; Löwe-Rosenberg-Gollwitzer, § 244 Rdnr.4; Ditzgen, S.55 Fn.1; E.Peters, S.59.

Wichtig zu bemerken ist in diesem Zusammenhang, daß die Formlosigkeit der Beweisaufnahme keine Pflicht, sondern ein Recht des Gerichtes ist. In den Fällen, in denen das Freibeweisverfahren möglich ist, ist es dem Richter nicht verboten, das strenge Beweisrecht anzuwenden; es soll kein Zwang auf ihn ausgeübt werden, sondern die Art der Ermittlung steht in seinem pflichtgemäßen Ermessen. So ist eine Anwendung des Zeugniszwangsverfahrens gemäß den §§ 48, 51 ebenso möglich wie eine Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen unter Eid, um eine wahrheitsgemäße Aussage zu erzielen ¹⁾.

Strittig, aber wohl im bejahenden Sinne zu beantworten ist die Frage, ob die Ergebnisse der im Freibeweis ermittelten Tatsachen zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemacht werden müssen ²⁾.

Recht unklare Stellungnahmen hingegen liegen zu dem Problem vor, ob den Prozeßbeteiligten das Recht einzuräumen ist, zur Feststellung der tatsächlichen Grundlagen der freibeweislich zu ermittelnden prozessualen Entscheidungen Beweis- anträge zu stellen. Die Meinungen erstrecken sich von einer Ablehnung, verbunden mit der Ansicht, es handele sich nur um eine Beweisanregung, die weder der gerichtlichen Bescheidung durch Beschluß noch im Urteil bedürfe ³⁾, bis zur Annahme, daß ein Beweis Antrag vorliege, der gemäß § 244 Abs.6 nur durch einen Gerichtsbeschluß abgelehnt werden

1) Alsberg-Nüse, S.477 Fn.67; KMR I, § 244 Anm.2 c I.

2) Eb.Schmidt I, Nr.379 Fn.96; KMR I, § 244 Anm.2 c I; Alsberg-Nüse, S.478.

3) S.a. RG 42,54 (57); RG 51,71 (72); Willms, S.399; zusammenfassend Alsberg-Nüse, S.478 Fn.72.

könne ¹⁾. Richtig ist wohl die vermittelnde Ansicht. Danach wird entsprechend der gerichtlichen Fürsorgepflicht ²⁾ eine Bescheidung zum Schutze der Interessen des Beschuldigten in dem Sinne empfohlen, daß die Gründe, aus denen einem "Antrag" nicht entsprochen werden kann, den Verfahrensbe- teiligten in der Hauptverhandlung zur Kenntnis gebracht wer- den ³⁾.

C. Zusammenfassende Definitionen der Beweisverfahren

Ausgehend von obigen Überlegungen kann der Freibeweis de- finiert werden als der in der Hauptverhandlung erhobene, sich auf die außerhalb der Schuld- und Straffrage liegen- den, prozessual erheblichen Tatsachen beziehende, grund- sätzlich nicht an Verfahrensvorschriften gebundene Beweis, der zu einer Gewißheit des Gerichtes führen muß.

Da in den Verfahrensabschnitten des Vor- und Zwischenver- fahrens die Grundsätze des Strengbeweises gesetzlich nicht vorgeschrieben sind, kann ein Freibeweis auch hier erhoben werden.

Das Problem des Freibeweises hingegen taucht nur für den Verfahrensabschnitt der Hauptverhandlung auf. Denn wie sich aus den §§ 261, 264 ergibt, darf ein Urteil nur auf dem in der Hauptverhandlung erhobenen Beweis gegründet werden. Bezüglich dieses Verfahrensabschnittes wird demzufolge auch die Frage relevant, ob alle in ihm erhobenen Beweise den

1) Alsberg-Nüse, S.478 f.

2) Vgl. dazu Löwe-Rosenberg-Gollwitzer, Vorbem. § 226 Rdnr.15 u. Fn.1.

3) Löwe-Rosenberg-Gollwitzer, § 244 Rdnr.4 u. Fn.3; Ditzgen, S.56; Kauter, S.19 f.

besonderen Maßstäben des Strengbeweises unterliegen oder ob je nach der zu beweisenden Tatsache eine Lockerung in Form des Freibeweises statthaft ist. Die weitere Bearbeitung beschränkt sich deshalb auch auf diesen Verfahrensabschnitt.

Demgegenüber dient der in der Hauptverhandlung erhobene Strengbeweis zur Ermittlung der die Schuld- und Straffrage ausmachenden Tatsachen und ist an die Grundsätze der Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und Öffentlichkeit sowie an die §§ 244 ff. und an die in der Strafprozeßordnung vorgesehenen Beweismittel gebunden.

Als dritte Verfahrensart, mit deren Hilfe sich das Gericht über Tatsachen informieren kann, gibt es die Glaubhaftmachung als eine Beweisführung bei bestimmten, in der Strafprozeßordnung aufgeführten Fallsituationen, bei welcher das Beweisverfahren formfrei und der Beweiserfolg der Wahrscheinlichkeit genügend ist.

D. Die Besonderheit der doppelrelevanten Tatsachen

Von den prozessual erheblichen Tatsachen, die gemäß der herrschenden Meinung im Freibeweisverfahren feststellbar sind, und den materiellrechtlichen Tatsachen, für die Strengbeweis gilt, sind solche zu unterscheiden, die zugleich materiell und prozessual erheblich sind, die sogenannten doppelrelevanten Tatsachen. Diese sind sowohl für die Entscheidung einer Verfahrensfrage als auch für die sachliche Entscheidung bedeutsam.

So ist beispielsweise die geistige Beschaffenheit eines Beschuldigten relevant für die Frage, ob er eventuell bei

Begehung der Tat schuldunfähig bzw. vermindert schuldfähig i.S.d. §§ 20, 21 StGB war, möglicherweise aber auch erheblich für seine Verhandlungsfähigkeit während des Prozesses. Die Tatzeit wiederum gewinnt Bedeutung für die Frage der Verjährung eines Deliktes gemäß den §§ 78 ff. StGB, kann aber ebenfalls materiellrechtlich wichtig sein, wie beispielsweise bei dem Problem, ob eine Jagdwilderei gemäß § 292 Abs.2 StGB während der Nacht- oder Schonzeit begangen worden ist. Weiterhin sind Fälle denkbar, bei denen das familienrechtliche Verhältnis einer bestimmten Person zum Beschuldigten sowohl für die Anwendung eines strafrechtlichen Tatbestandes als auch für die Möglichkeit der Zeugnisverweigerung entscheidend ist ¹⁾.

Grundsätzlich wird gesagt, daß solche doppelrelevanten Tatsachen im Wege des Strengbeweises festzustellen sind ²⁾. Differenziert wird dieser Gedanke in folgender Hinsicht: Ist zunächst nur die prozessuale Seite der Tatsache zu klären, weil von ihr die Fortführung des Verfahrens abhängt, so kann dies im Wege des Freibeweises erfolgen. Wird später aber die gleiche Tatsache auch für die Sachentscheidung bedeutsam, so muß sie nunmehr nach den strengbeweislichen Regeln nochmals geklärt und möglicherweise erhärtet werden. Weichen die beiden Ergebnisse voneinander ab, so gilt das, was im Wege des Strengbeweises festgestellt worden ist. Denn das unter den Garantien des Strengbeweises gewonnene Ergebnis hat den Vorrang vor dem durch Freibeweis erlangten Resultat ³⁾.

1) Ditzgen, S.38 ff.; Willms, S.406.

2) U.a. Alsberg-Nüse, S.466 f.; Löwe-Rosenberg-Gollwitzer, Vorbem. § 226 Rdnr.7.

3) S.a. KMR I, § 244 Anm.2 c III; Löwe-Rosenberg-Gollwitzer, § 244 Rdnr.3; Willms, S.407 f.

E. Der Freibeweis aus der Sicht der Revisionsinstanz

1. Der Anwendungsbereich des Freibeweises durch das Revisionsgericht und seine Begründung

Die bisherigen Erörterungen bezogen sich auf die freibeweislich festzustellenden Tatsachen in der tatrichterlichen Instanz.

Einem weiteren wichtigen Anwendungsbereich des Freibeweises begegnet man in der Revisionsinstanz. Nach der herrschenden Meinung ist das Revisionsgericht an die freibeweislich erhobenen Feststellungen prozessual erheblicher Tatsachen durch das Untergericht nicht gebunden, sondern es kann sie selbständig ebenfalls im Wege des Freibeweises aufklären ¹⁾. Dabei ist es gleichgültig, ob das Untergericht solche Tatsachen im Wege des Freibeweises feststellt, oder ob es von seinem Recht Gebrauch gemacht hat, diese strengbeweislich zu ermitteln ²⁾.

Bindend für das Revisionsgericht, d.h. einer selbständigen Nachprüfbarkeit entzogen, sind nur die tatsächlichen Feststellungen, die der Tatrichter zur Schuld- und Rechtsfolgenfrage getroffen hat ³⁾.

Diese Differenzierung innerhalb der zu beweisenden Tatsachen in ihrer Bedeutung für die Revisionsinstanz wird teilweise unterschiedlich begründet, im Ergebnis weichen die Anschauungen aber nicht voneinander ab. So stellt

1) Alsberg-Nüse, S.479 u. Fn.74; Löwe-Rosenberg-Meyer, § 337 Rdnr.30; Eb.Schmidt II, § 337 Erl.8 ff. m.w.N.; BGH 16, 399 (403).

2) Alsberg-Nüse, S.479 f. u. Fn.75.

3) Kleinknecht, Vorbem. § 333 Rdnr.2.

Eb.Schmidt darauf ab, daß sich das Revisionsgericht, wolle es auch die materiell relevanten Tatsachen überprüfen, ebenfalls der dem Tatrichter vorgeschriebenen, weil als am zuverlässigsten erprobten, Erkenntnismittel und -formen bedienen müsse ¹⁾. Denn um zu vermeiden, daß die Feststellungen seitens des Revisionsgerichts von vornherein und grundsätzlich unzuverlässiger und schlechter als die des Tatrichters ausfielen, müsse das Revisionsgericht in mündlicher Verhandlung und nach dem Grundsatz der Unmittelbarkeit Sachverständigen-, Urkunden- und Zeugenbeweise erheben und Augenscheinseinnahmen durchführen. Das aber sei, weil gänzlich unmöglich, dem Revisionsgericht verwehrt.

Die prozeßrechtserheblichen Tatsachen hingegen unterlägen regelmäßig selbständiger Prüfung und Feststellung seitens des Revisionsgerichtes, weil es sich bei ihnen nicht um die den aufzuklärenden Sachverhalt ausmachenden "Besonderheiten" in Form der Einmaligkeit und Individualität des bestimmten Lebensvorganges handele. Nur diese "Besonderheiten" aber seien im tatrichterlichen Beweisverfahren in den von der Strafprozeßordnung vorgeschriebenen strengbeweislichen Formen festzustellen.

Schwinge ²⁾ hingegen bedient sich teleologischer Gesichtspunkte. Den Grund für die selbständige Überprüfbarkeit von Verfahrensfehlern auch auf deren tatsächliche Grundlagen hin - im Gegensatz zum Verbot der Nachprüfung materiell-rechtlich relevanter Tatsachen - sieht er in den unterschiedlichen Zweckgedanken der beiden Revisionsgründe.

1) Eb.Schmidt II, § 337 Erl.5 ff. Vgl. dazu Rieß, S.270 f.

2) Schwinge, S.168 ff.

Seiner Meinung nach dient eine Revision wegen Verletzung des sachlichen Rechts (§ 344 Abs.2 Satz 1 2.Alternative) der Aufrechterhaltung der Rechtseinheit, während dieser Rechtsbehelf bezüglich einer Verletzung des Verfahrensrechts (§ 344 Abs.2 Satz 1 1.Alternative) dem Schutze des Beschuldigten gelte. "Ein Rechtsmittel (aber, sc.), das von der Idee der Sicherung des einzelnen beherrscht ist, wird die Grenzen der Nachprüfung füglich weiter ziehen müssen als ein Rechtsmittel, das in erster Linie dem Gedanken der Rechtseinheit dient, denn nur so ist die Gewähr dafür gegeben, daß dem einzelnen aus der Verfahrensverletzung kein Nachteil entsteht" ¹⁾.

Wie das Tatgericht kann auch die Revisionsinstanz im Freibeweisverfahren alle ihr zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen benutzen, die zu einer Überzeugungsbildung beitragen können, wie etwa Urkunden, Akteninhalt, Auskünfte etc. ²⁾.

Eine Sonderstellung nehmen, wie auch im Zusammenhang mit der Beweiserhebung des Tatgerichts dargestellt, die doppelrelevanten Tatsachen ein, die sowohl materiellrechtlich als auch für das Verfahren eine Rolle spielen. Die Ermittlung solcher doppelrelevanter Tatsachen geschieht im Wege des Strengbeweises, diese Feststellungen haben auch für den verfahrensrechtlichen Bereich den Vorrang.

Dementsprechend war ³⁾ das Revisionsgericht zunächst auch an die tatsächlichen Feststellungen des Tatrichters gebun-

1) Schwinge, S.170.

2) Dahn-Dahn, S.170; Eb.Schmidt II, § 337 Erl.9. Auf die Problematik des § 274 braucht in diesem Zusammenhang nicht eingegangen zu werden.

3) Bis zur Änderung der Rechtsprechung im Jahre 1968, s. unten, S.18 ff.

den, die dieser nicht nur unmittelbar zum Verfahrenshindernis, sondern zur Tat selbst, somit zum ganzen geschichtlichen Vorgang, innerhalb dessen der Tatbestand verwirklicht worden war, getroffen hatte ¹⁾.

Beispielsweise war das Revisionsgericht bei der Prüfung der Prozeßvoraussetzung der Verjährung oder der Amnestie an die tatsächlichen Feststellungen des Tatrichters zur Tatzeit gebunden ²⁾, weil, abgesehen von der Relevanz der Tatzeit für die Prozeßvoraussetzung, der Zeitpunkt der Begehung der Tat einen von der Tat selbst unlösbaren Bestandteil bildet. Denn, so die Begründung des Reichsgerichts ³⁾, "'Tat' bedeutet nicht lediglich den gesetzlichen Tatbestand der Straftat, die einem Täter zur Last gelegt wird, sondern den ganzen geschichtlichen Vorgang, innerhalb dessen der Tatbestand verwirklicht worden ist. Einen wesentlichen Bestandteil der Tat bilden sonach auch Tatzeit und Tatort, da Zeit und Raum von der Verwirklichung keines menschlichen Handelns weggedacht werden können; das Revisionsgericht darf sie entgegen der eindeutigen Feststellung des Tatrichters auch dann keiner gesonderten Nachprüfung unterziehen, wenn sie mittelbare Bedeutung für die Anwendbarkeit eines Straffreiheitsgesetzes haben."

2. Die Änderung in der Rechtsprechung

Diese Rechtsprechung wurde durch ein Urteil des Bundesgerichtshofes aus dem Jahre 1968 geändert ⁴⁾.

1) BGH, MDR 1955, 143 f. (mitgeteilt von Dallinger).

2) RG 69, 318 ff.

3) RG 69, 320.

4) BGH 22, 90 ff.; s.a. Anm. Kleinknecht, JR 1968, 467 f. u. Eb.Schmidt, JZ 1968, 434.

Es ging um eine Entscheidung des Revisionsgerichtes über die Rechtzeitigkeit eines Strafantrags, wobei der Bundesgerichtshof zu klären hatte, ob das Revisionsgericht dabei an die Feststellung des Tatrichters bezüglich des Zeitpunktes der Tat gebunden oder ob er diese selbständig nachzuprüfen berechtigt war.

Im Gegensatz zur früheren Rechtsprechung, die immer eine Bindungswirkung bei doppelrelevanten Tatsachen annahm, unterscheidet der Bundesgerichtshof jetzt erstmals dahingehend, ob diejenige die Tat betreffende Feststellung des Tatgerichtes, die auch prozeßrechtlich relevant ist, z.B. bezüglich der Prozeßvoraussetzung des Strafantrages, für den Schuldspruch eine wesentliche Bedeutung hat.

So ist z.B. in den meisten Fällen für die im Rahmen des Schuldspruchs gebotene Identifizierung von Tat und Täter eine genaue datumsmäßige Festlegung nicht erforderlich und zur Verurteilung ausreichend, daß die Tat zu irgendeinem Zeitpunkt innerhalb einer mehr oder minder großen Zeitspanne - also "in nicht rechtsverjährter Zeit" - begangen wurde; die Straftat kann also zeitlich zwar weit, aber doch nicht soweit zurückliegen, daß eine Verjährung der Strafverfolgung in Betracht kommen könnte.

Es gibt somit Situationen, in denen eine Zeitbestimmung der Tat für die Schuld- und Straffrage entbehrlich, wenn nicht gar überflüssig ist, weil etwa die Straftat zumindest nicht verjährt ist. Geschieht dies dennoch - etwa im Hinblick auf verfahrensrechtliche Fragen (z.B. wenn festzustellen ist, ob ein Strafantrag fristgemäß nach § 77 b StGB gestellt wurde) -, so ist diese Feststellung

zumindest nicht für das "Besondere" der Tat im Hinblick auf den Schuldspruch wesentlich ¹⁾. Deshalb aber soll die dem § 337 zu entnehmende Bindungswirkung für diese Tatsachenfeststellungen nicht gelten, sondern das Revisionsgericht kann solche, die nur für die Prozeßfragen relevant werden, selbständig im Wege des Freibeweises erheben und auch zu anderen Ergebnissen kommen.

Gebunden ist das Revisionsgericht nur an die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil, die für die sichere Identifizierung und Erfassung der untersuchten Tat und als Grundlage für den tatrichterlichen Urteilsspruch unerlässlich sind ²⁾.

Diese Rechtsprechung entspricht der Tendenz, die Doppelrelevanz im Sinne des von Willms ³⁾ beschriebenen Weges zu behandeln, nämlich die unterschiedlichen Aspekte und Funktionen auch der doppelrelevanten Tatsachen im konkreten Einzelfall im Hinblick auf das zu sehen, was durch sie bewiesen werden soll.

3. Die Bindung des Revisionsgerichtes an tatrichterliche Ermessensentscheidungen

Neben dem bisher erörterten Problem existiert noch eine weitere Fallgruppe, in welcher das Revisionsgericht an die tatrichterlichen Feststellungen gebunden ist. Es handelt sich um die verfahrensrechtlichen Tatsachen, die das Untergericht in der Hauptverhandlung nach pflichtgemäßem Ermessen festgestellt hat.

1) S.a. Eb.Schmidt, JZ 1968, 434.

2) Kleinknecht, § 337 Rdnr.15; ablehnend Löwe-Rosenberg-Meyer, § 337 Rdnr.33.

3) Willms, S.408.

Dieses Verbot der Nachprüfbarkeit tatrichterlicher Ermessensentscheidungen hat das Reichsgericht bereits im Jahre 1881 ausgesprochen ¹⁾. Es heißt dort, daß dem Revisionsrichter das Recht und die Pflicht der tatsächlichen Nachprüfung nicht zuerkannt wird, wo erkennbar das freie Ermessen des Instanzrichters entscheiden soll. Ähnlich formuliert heißt es an anderer Stelle ²⁾: "Die Befugnis (des Revisionsgerichtes, sc.) findet aber ihre Grenze an demjenigen Gebiete, welches vom Gesetze dem freien Ermessen, d.h. der auf Grund der Würdigung der konkreten Thatumstände gewonnenen Überzeugung des Instanzrichters überwiesen ist".

Übernommen wurde diese Rechtsprechung auch vom Bundesgerichtshof in dem Sinne, daß Ermessensentscheidungen im Wege der freien Beweiswürdigung allein vom Tatrichter zu fällen und mit der Revision nicht angreifbar sind ³⁾.

Überprüfbar aber ist auch im Bereiche der Ermessensentscheidungen, ob der Tatrichter sich der Möglichkeit einer solchen überhaupt bewußt geworden ist ⁴⁾, und ob er die anzuwendenden Rechtsbegriffe richtig erkannt hat ⁵⁾.

Beispiele dafür, was das Revisionsgericht in tatsächlicher Hinsicht nicht nachprüfen darf, finden sich bei den Fragen, ob der zur Hauptverhandlung erschienene Beschuldigte ver-

1) RG 4, 388 ff.

2) RG 11, 261 (262).

3) BGH 4, 255; BGH 4, 368 (369).

4) BGH 22, 266 (267).

5) Dahs-Dahs, S.171.

handlungsfähig ist, ob ein Zeuge nach seinem körperlichen und geistigen Zustand vernehmungs- oder eidesfähig ist, ob ein Zeuge wegen Teilnahmeverdacht nicht verurteilt werden darf etc. ¹⁾.

Diese Rechtsprechung ist seit langem Zielobjekt zutreffender Kritik ²⁾.

Zunächst einmal ist der Begriff "Ermessen" in diesem Zusammenhang zu bemängeln, da es sich nicht um ein Ermessen im eigentlichen Sinne handelt, sondern um Entscheidungen auf Grund der Bewertung tatsächlicher Umstände. Von eigentlichen Ermessensentscheidungen kann nur dann gesprochen werden, wenn das Gericht Maßnahmen mit Rücksicht auf deren Zweckmäßigkeit und Angemessenheit erläßt. Ist ein gesetzlicher Tatbestand beispielsweise dahingehend formuliert, daß, wenn die Voraussetzung A oder B vorliegt, das Gericht eine Maßnahme treffen (und sie somit auch unterlassen) kann, so steht diese Entscheidung in seinem Ermessen, es hat mithin eine Wahlfreiheit. Anders formuliert handelt es sich in diesem Fall um eine volitive Entscheidung ³⁾. Als Beispiel sei die Möglichkeit des Absehens von einer Verurteilung etwa im Falle des § 61 Nr.1 genannt, wenn die betreffende Person zwar schon sechzehn, aber noch keine achtzehn Jahre alt ist.

Davon scharf zu unterscheiden sind Fälle, in denen an einen gesetzlichen Tatbestand ganz bestimmte Folgen zwingend geknüpft sind. So darf etwa ein Zeuge, der wegen Verstandesschwäche vom Wesen und der Bedeutung des Eides keine genügende Vorstellung hat, gemäß § 60 Nr. 1

1) S. dazu Alsberg-Nüse, S.480 f. u. Fn.76 ff. m.w.N.

2) Vgl. u.a. Ditzgen, S.80 ff.; Alsberg-Nüse, S.480 ff.; Schwinge, S.170 u. Fn.159; Willms, S.408 ff. u. Fn.40 ff.

3) Alsberg-Nüse, S.481.

überhaupt nicht vereidigt werden. Liegt also der gesetzliche Tatbestand vor, so hat das Gericht keine Wahl, die vorgeschriebene Folge auszusprechen oder den Tatbestand zu ignorieren. Das Gericht hat hierbei lediglich eine Art Beurteilungsspielraum bei der Frage, ob die tatsächlichen Umstände den gesetzlichen Tatbestand erfüllen. So kann es auf Grund seiner freien Überzeugung feststellen, ob bei dem Zeugen eine Verstandesschwäche vorliegt; ist dies zu bejahen, so darf der Zeuge nicht vereidigt werden ¹⁾.

Der Unterschied dieser beiden Fallgruppen aber scheint von der Rechtsprechung bisher nicht klar genug erkannt worden zu sein ²⁾.

Weiterhin ist festzustellen, daß es eine dogmatisch vertretbare Begründung für die Abweichung von der generellen revisionsgerichtlichen Überprüfbarkeit nicht gibt ³⁾. So ist es zum Beispiel nicht haltbar, die Nichtüberprüfbarkeit von tatrichterlichen Ermessensentscheidungen auf das Prinzip der freien Beweiswürdigung zu stützen ⁴⁾, da dieses sowohl für den Strengbeweis als auch für den Freibeweis Gültigkeit besitzt und nur die Unabhängigkeit des Gerichtes von Beweisregeln ausspricht, nicht aber das Beweisergebnis und die Beweiswürdigung von der Kontrolle des Revisionsgerichts ausnimmt ⁵⁾.

Der Grund für diese Rechtsprechung könnte darin liegen, daß es sich um Feststellungen und Entscheidungen des

1) Alsberg-Nüse, S.481, sprechen in diesem Zusammenhang von kognitiven Entscheidungen.

2) Vgl. a. Löwe-Rosenberg-Meyer, § 337 Rdnrn.88 ff.

3) S.a. Willms, S.409.

4) RG 11, 261 (262).

5) Alsberg-Nüse, S.482.

Tatrichters handelt, die nur ihm in der mündlichen Hauptverhandlung auf Grund des unmittelbaren persönlichen Eindrucks möglich sind.

Das mag richtig sein, wenn der Tatrichter etwa über die Verhandlungsfähigkeit des Beschuldigten ¹⁾ oder über die mangelnde Verstandesreife bzw. die Verstandesschwäche eines Zeugen im Sinne des § 60 Nr.1 zu befinden hat, findet aber keine Anwendung auf die von der Rechtsprechung ebenfalls im Sinne der Nichtüberprüfbarkeit entschiedene Frage, ob der Beschuldigte im Sinne des § 329 genügend entschuldigt war ²⁾. Denn in einem solchen Fall kann der Tatrichter ebenfalls keinen persönlichen Eindruck gewinnen. Jedenfalls kann die Tatsache, daß der Tatrichter bei bestimmten Situationen bessere Erkenntnismittel als das Revisionsgericht besitzt, nicht als generelles Abgrenzungskriterium dienen ³⁾.

Vom Ansatzpunkt her zwar unglücklich und widersprüchlich begründet, scheint das Verbot revisionsgerichtlicher Überprüfung tatrichterlicher Ermessensentscheidungen in der Praxis hingegen nicht sonderlich problematisch ⁴⁾ zu sein.

1) RG 29, 324 (326).

2) RG 61, 175; RG 64, 239 (245).

3) Zum Gesamtkomplex s. die gute Zusammenfassung von E.Peters, S.31 ff.

4) Alsberg-Nüse, S.483 f.; E.Peters, S.35.

F. Die Entwicklung des Freibeweises. Darstellung der Versuche, seine Existenz und Abgrenzung zu begründen, sowie deren kritische Würdigung

1. Vorbemerkung

Nach diesem einleitenden Überblick über die im Strafprozeß gebräuchlichen Beweisverfahren und deren Ausgestaltung, bedarf es im folgenden eines näheren Eingehens auf den Freibeweis.

Wie schon oben erwähnt, stammt dieser Begriff von Ditzen, er taucht hingegen in der Strafprozeßordnung nicht auf ¹⁾.

Im Laufe der Zeit wurden für seine Begründung und seine Ausgestaltung von mehreren Autoren unterschiedliche Theorien und Konstruktionen erarbeitet, die hier dargestellt und einer kritischen Würdigung unterzogen werden sollen.

Dabei kann für alle Lösungsversuche von einem gemeinsamen Ausgangspunkt ausgegangen werden: Gewisse beweiserhebliche Tatsachen sollen entsprechend ihrer Wichtigkeit in zwei Gruppen unterteilt werden, wobei nur die materiell-rechtlich relevanten Tatsachen als die wichtigeren im Strengbeweisverfahren festzustellen sind, für die weniger bedeutsamen prozessual erheblichen Tatsachen hingegen soll der Freibeweis genügen.

2. Wilhelm Ditzen

Ditzen hat im Jahre 1926 in seinem Buch "Dreierlei Beweis im Strafverfahren" den Begriff "Freibeweis" geprägt.

1) S.a. Ditzen, S.48.

Dabei unterscheidet er ¹⁾ zwischen dem Strengbeweis, der die Beantwortung der Schuld- und Straffrage bezwecke, der Glaubhaftmachung als Beweisart, die auf einige wenige, bestimmt bezeichnete Fälle beschränkt sei, welche außerhalb des Schuld- und Strafbeweisverfahrens lägen, und dem Freibeweis, dessen Gegenstand immer eine Prozeßfrage sei ²⁾, mit welchem Tatsachen bewiesen werden sollten, die vom Gesetz als Voraussetzung eines Prozeßschrittes angegeben seien und für den die strengen Regeln des strafprozessualen Beweisrechtes nicht gelten würden ³⁾.

Die Notwendigkeit der Existenz des Freibeweises begründet er hauptsächlich mit zwei logischen Erwägungen ⁴⁾, denen er aber einige grundsätzliche Überlegungen zur Hauptverhandlung voranstellt.

Zunächst weist Ditzen darauf hin, daß die allgemeinen Regeln über die Beweisaufnahme in der Strafprozeßordnung in den §§ 244 ff. ⁵⁾, also im 2. Buch (Verfahren im 1. Rechtszug) in den Vorschriften über die Hauptverhandlung (6. Abschnitt) zu finden seien. Daraus schließt er weiter, daß mithin die §§ 244 ff. nur die der Vernehmung des Beschuldigten folgenden Beweisaufnahmen regelten, die dieser Vernehmung vorhergehenden bzw. die der Hauptverhandlung nachfolgenden wie die im Rechtsmittel-, im Wiederaufnahme- und im Vollstreckungsverfahren seien ausgeschlossen ⁶⁾.

1) Ditzen, S.1.

2) Ditzen, S.16.

3) Ditzen, S.1.

4) S.a. Wroblewski, S.20 f.

5) Die hier angegebenen Paragraphen der Strafprozeßordnung beziehen sich auf die heutige Fassung.

6) Ditzen, S.48.

Diese Überlegung belegt Ditzen durch weitere Vorschriften der Strafprozeßordnung. So spreche § 245 von "herbeigeschafften" Beweismitteln, dieses Herbeigeschafftsein könne sich aber nur auf die Hauptverhandlung beziehen. Des weiteren werde die Hauptverhandlung auch in den §§ 249, 250, 252, 253, 254 und 256 ausdrücklich erwähnt, wiederholt werde der Begriff zwar nicht in den §§ 251, 255, er sei aber aus dem Zusammenhang zu ergänzen. Abschließend ließen auch die §§ 257 und 258 eindeutig erkennen, daß die Beweisaufnahme im Sinne der §§ 244 bis 258 sich nur auf die erstinstanzliche Hauptverhandlung beziehe, mithin Beweisaufnahmen vor- oder nachher nicht erfasse ¹⁾.

Daran schließe sich die Frage an, ob die §§ 244 ff. eine ausschließliche Geltung für alle in der Hauptverhandlung erhobenen Beweise, also auch für die Prozeßbeweise, beanspruchen könnten. Das hingegen sei, so Ditzen, zu verneinen ²⁾. Zwar gälten die Regeln der §§ 244 ff. nur für die Hauptverhandlung, sie wollten, sollten und könnten diese aber nicht ganz beherrschen ³⁾. Beispielsweise bestehe auch in der Hauptverhandlung, wie § 56 bezüglich des Aussageverweigerungsrechts von Zeugen zeige, die Möglichkeit, im Wege der Glaubhaftmachung vorzugehen. Daraus gehe hervor, daß die bloße Möglichkeit, nach den §§ 244 ff. Beweis zu erheben, in der Strafprozeßordnung nicht genüge, um das Gericht immer an diese Bestimmungen zu binden. Das Strengbeweisrecht beherrsche die Hauptverhandlung also nicht ausschließlich.

1) Ditzen, S.49.

2) Ditzen, S.49.

3) Ditzen, S.49 f.

In diesem Zusammenhang aber verdiene folgender Gedanken- gang besondere Beachtung. Normalerweise werde die erforderliche Verhandlungsfähigkeit des Beschuldigten mit einem allgemeinen und stillschweigenden Einverständnis in der Form konstatiert, daß ohne weiteres in die Verhandlung eingetreten werde. Ergäben sich aber, besonders bei längeren Hauptverhandlungen, Anzeichen für eine zunehmende Verhandlungsunfähigkeit des Beschuldigten, so sei darüber Beweis zu erheben, der hingegen nicht nach den §§ 244 ff. durchzuführen sei, da ja eben erst die Durchführbarkeit der Hauptverhandlung festgestellt werden müsse. "Mit einer Person, deren Verhandlungsfähigkeit erst festgestellt werden soll, kann eine Verhandlung im Sinne der §§ 244 ff. nicht stattfinden" ¹⁾.

Und noch einen Grund führt Ditzzen an. Bevor eine Urkunde als Beweismittel im Prozeß verlesen werden könne, müsse das Gericht erst feststellen, ob sie auch gemäß den §§ 249 ff. verlesen werden dürfe. Denn durch das Verlesen einer Urkunde werde ein Revisionsgrund ebenso geschaffen, wenn dies gegen ein Verlesungsverbot verstoße, wie auch durch Nichtverlesen, obwohl sie verlesbar sei. Diese Prüfung aber solle das Gericht außerhalb des Strengbeweisverfahrens durch einfaches, eine Freibeweiserhebung darstellendes Lesen durchführen ²⁾.

Die Argumentation Ditzzens hingegen erscheint als wenig zwingend und einigen Einzelbeispielen verhaftet, ohne eine umfassende Begründung für den Freibeweis zu liefern ³⁾.

1) Ditzzen, S.50.

2) Ditzzen, S.51.

3) S.a. Wroblewski, S.20 f.; E.Peters, S.18 f.

Zwar geht Ditzen von einem richtigen Ausgangspunkt aus, daß nämlich eine Beweisaufnahme über materiellrechtlich relevante Tatsachen, die zu einem Sachurteil führt, nur in der Hauptverhandlung und unter den strengbeweislichen Regeln der §§ 244 ff. durchgeführt werden darf. Dies aber sagt noch nichts darüber aus, wie prozessual erhebliche Tatsachen, die in der Hauptverhandlung ebenfalls relevant werden können, geklärt werden müssen. Denn die bindende Existenz gewisser Regeln für materiellrechtlich erhebliche Tatsachen läßt nicht den Umkehrschluß auf die Bindungsfreiheit bei der Feststellung anderer Tatsachen zu.

Und auch die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit der Glaubhaftmachung von Tatsachen in der Hauptverhandlung, wie sie sich etwa aus § 56 ergibt, besagt noch nichts darüber, daß daneben jetzt auch der Freibeweis Geltung beanspruchen kann. Zumindest läßt sich aus der gesetzlichen Regelung des Strengbeweises sowie der Glaubhaftmachung im Gegensatz zur fehlenden Kodifizierung des Freibeweises gleich überzeugend, wenn nicht näherliegender, der Schluß ziehen, daß ein Freibeweisverfahren gerade nicht durchgeführt werden darf.

Das vorherige Lesen einer Urkunde, um festzustellen, ob sie verlesen werden darf, stellt sich als eine Vorstufe für die Entscheidung dar, ob Strengbeweis zu erheben ist, gibt also ebenfalls nichts her für die grundsätzliche Frage, ob und für welche Situationen der Freibeweis anwendbar sein soll ¹⁾.

1) S.a. Wroblewski, S.21.

Übrig bleibt das Argument, daß die §§ 244 ff. nicht anwendbar sein können, wenn die Verhandlungsfähigkeit einer Person erst festgestellt werden muß. Auch das ist einer generellen Begründung des Freibeweises nicht dienlich, gibt es doch, wie oben schon dargestellt, oft Situationen, in denen die geistige Beschaffenheit des Beschuldigten doppelt relevant ist und zumindest im Hinblick auf die materiellrechtliche Bedeutung im Wege des Strengbeweises zu überprüfen ist. Es ist aber kaum anzunehmen, eine allgemeine Begründung des Freibeweises in einer Einzelfallgruppe sehen zu können, die zudem noch differenziert zu betrachten ist.

3. Ernst Beling

Eine umfassende Auseinandersetzung mit der Problematik des Freibeweises findet sich bei Beling in seinem Beitrag "Revision wegen 'Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren' im Strafprozeß" ¹⁾.

Beling unterscheidet hierin grundsätzlich zwei strafprozessuale Wahrheitsermittlungssysteme, nämlich das Beweisrecht und die freie Feststellung ²⁾.

Beiden gemeinsam sei, daß der Richter keinen Beweisregeln unterworfen sei, sondern die Tatsachen frei würdige. Sie differierten aber dadurch, daß die Art und Weise der

1) Beling, Festschrift S.87 ff. Dieser Beitrag erschien etliche Jahre vor der Arbeit von Ditzgen, wurde von diesem aber nicht berücksichtigt, ebensowenig wie die Überlegungen von Alsberg, Hegler und Kautter.

2) Beling, Festschrift S.148. Zur Kritik an dieser Begriffsbestimmung, die zu einer unnötigen Identifizierung von Beweis und Strengbeweis führt, s. schon S.5, Fn.2.

Gewinnung der zu würdigenden Unterlagen beim "echten" Beweisrecht durch das Gesetz in weitem Umfange vorge-schrieben, bei der freien Feststellung dagegen dem Er-messen überlassen sei. Dabei verfolgten die §§ 244 ff. die Tendenz, das Gericht zu möglichst sorgfältiger Be-nutzung der Erforschungsmittel anzuhalten, während es bei der freien Feststellung in der Regel im gericht-lichen Ermessen liege, ob und wie eine Feststellungs-prozedur vorzunehmen sei. Dieser Unterschied entspringe einer Notwendigkeit und sei auch in der praktischen Handhabung des Strafprozesses wiederzufinden.

So könne beispielsweise die Feststellung der den Prozeß-gegenstand bildenden Tat für das Urteil nie ohne eine Beweisaufnahme vor sich gehen; auch wenn von vornherein keinerlei Zweifel bestünden, bedürfe es zumindest der Vernehmung des Beschuldigten. Demgegenüber gebe es an-dere Tatsachen, wie etwa die Gesundheit der Zeugen, das Offenstehen der Gerichtstüren etc., die in den meisten Prozessen gar nicht zur Sprache kämen, sondern über die stillschweigend hinweggegangen werde, bis sich Zweifel reg-ten ¹⁾.

Festzustellen sei jedenfalls ein Unterschied in der Soli-dität der Beweisaufnahme, so etwa bezüglich der unter Anklage stehenden Tat einerseits, verglichen mit dem Vor-gang, wie das Gericht Zweifel über andere Tatsachen, etwa den Wohnsitz des Beschuldigten, das Alter eines Zeugen usw. andererseits kläre. Die Frage sei nur, wann strenges Beweisrecht und wann freie Feststellung gelte ²⁾.

1) Beling, Festschrift S.149.

2) Beling, Festschrift S.150.

Zunächst weist Beling nach, daß es nicht der Prozeßabschnitt der Hauptverhandlung als solcher sei, der die Anwendung des strengen Beweisrechts bedinge. Denn zahllose Tatsachen würden auch in der Hauptverhandlung nicht zur Sprache gebracht, und schon gar nicht werde ihrer Feststellung ein eigener Vorgang gewidmet. Und viele Tatsachen, die in der Hauptverhandlung Erwähnung fänden, würden dort kurzer Hand, also ohne Beweisaufnahme, ohne Wahrung der Unmittelbarkeit festgestellt. "Die Hauptverhandlung als solche kann es also nicht sein, die unter der Herrschaft des strengen Beweisrechts steht" ¹⁾.

Hingegen schließt sich Beling der schon damals herrschenden Meinung ²⁾ in Literatur und Rechtsprechung an, daß nämlich die materiell relevanten Tatsachen dem strengen Beweisrecht unterlägen, die Feststellung prozessual erheblicher Tatsachen hingegen frei sei.

Die ratio für diese Unterscheidung sieht er in der zwingenden praktischen Notwendigkeit. Zum einen würde es nämlich zu einer Lahmlegung der gesamten Strafjustiz führen, wollte man alle relevanten Tatsachen einer regelrechten Beweisaufnahme zuführen, zum anderen könnten die nur prozessual bedeutsamen Tatsachen mit einer summarischen Prüfung festgestellt werden, weil sie nicht den Kernpunkt des Verfahrens darstellten. Es bedeute nur eine Zeit- und Kraftverschwendung, verbunden mit der Gefahr, daß die wichtigeren Punkte zu kurz kämen, wolle man den prozessual erheblichen Tatsachen die gleiche Mühe und Aufmerksamkeit widmen, wie den materiell relevanten ³⁾.

1) Beling, Festschrift S.151.

2) Beling, Festschrift S.151 ff. u. Fn.1 ff.

3) Beling, Festschrift S.152.

Hingegen bedürfe auch diese Gegenüberstellung der beiden Tatsachengruppen einer gewissen Umformung, da sie für die Wahl eines Wahrheitsermittlungssystems nur approximativ richtig sei.

Denn auf der einen Seite kenne auch die Strafprozeßordnung materiell erhebliche Tatsachen, die lediglich "frei" festgestellt würden, so wie beispielsweise der Entscheidung über den Eröffnungsbeschluß gemäß § 203 nur mittelbare Beweisergebnisse und regelmäßig auch nur uneidliche Zeugenaussagen zugrunde lägen. Andererseits könne möglicherweise auch eine prozessual relevante Tatsache zum zentralen Schlußpunkt eines Prozesses werden ¹⁾. Habe sich nämlich eine Situation gerade daraufhin zugespitzt, ob es am Strafantrag fehle, so werde man zu einem Einstellungsurteil gemäß § 260 Abs.3 kaum anders gelangen als mittels einer Beweisaufnahme über die Tatsache, ob der Strafantrag nicht gestellt oder zurückgenommen worden sei. Zwar könne der Staatsanwalt auf Verlesung des betreffenden Schriftstückes bestehen, sei es aber verlorengegangen, so sei ohne eine regelrechte Beweisaufnahme, Vernehmung des Verletzten etc. nicht auszukommen. Mit der uneidlichen Versicherung etwa eines Gerichtsschreibers, er habe in den Akten keinen Strafantrag entdeckt, dürfe sich das Gericht sicherlich nicht begnügen.

Auf Grund dieser Überlegungen kommt Beling zu folgendem, die herrschende Meinung modifizierenden Ergebnis:

Die materiell erheblichen Tatsachen als die vergleichsweise wichtigeren zu bezeichnen, bedinge nicht ihre Exi-

1) Beling, Festschrift S.153.

stenz, sondern ihre Funktion, weil und wenn sie als Urteilsbasis in Betracht kämen. Speziell in dieser Eigenschaft seien es Tatsachen, die das Urteilsgebäude zu tragen bestimmt seien, hinsichtlich derer eine ausdrückliche Feststellung aber niemals entbehrlich sei und die nur mittels der Hauptverhandlung, also des Hauptstückes des Prozesses, getroffen werden könnten. Diese Urteilsbasis sei aber im Prozeß das, worauf alles ankomme, "in der Feststellung der Urteilsbasis setzt sich die Staatsautorität mit besonderer Wucht ein" ¹⁾.

Basistatsachen, die also einem Urteilssyllogismus als Untersätze einverleibt würden, seien im Wege des strengen Beweisrechtes festzustellen, da nur dadurch die Gewinnung richtiger Resultate prozessual besonders garantiert sei und ihnen somit ein größerer Wahrscheinlichkeitswert zukomme ²⁾.

Daneben gebe es andere Tatsachen, die hinsichtlich der Hauptaufgabe des Prozesses eine relativ nebensächliche Bedeutung hätten. Ihrer ausdrücklichen Feststellung bedürfe es in der Regel nicht, dazu komme es nur bei äußerem Anlaß, wie etwa Anzweiflung oder einem Antrag, und dann auch meistens in Verfahrensabschnitten außerhalb der Hauptverhandlung oder nur zufällig innerhalb derselben ³⁾. Diese anderen Tatsachen, falls etwa auch zur Grundlage von "Entscheidungen" außerhalb des Urteils gemacht, "werden nur 'inzident' und nicht recht eigentlich ex professo festgestellt" ⁴⁾. Für sie gelte die freie Feststellung und reiche auch aus.

1) Beling, Festschrift S.154.

2) Beling, Festschrift S.148.

3) Beling, Festschrift S.146 f.

4) Beling, Festschrift S.154.

Diese Tatsachen deckten sich aber nicht unbedingt, wie von der herrschenden Meinung beschrieben, mit den prozessual erheblichen Tatsachen. Sie seien nicht als solche schlechthin geringerwertig, sondern weil und soweit sie, was aber meistens der Fall sei, nicht die Urteilsbasis bildeten. Auch bei dieser Tatsachengruppe sei also ihre Funktion ausschlaggebend, denn sobald sie einem Urteilssyllogismus als Untersätze einverleibt würden, rückten sie zu gleichem Wert mit den materiell erheblichen Tatsachen auf und seien ebenfalls gemäß den Regeln des strengen Beweisrechts festzustellen ¹⁾. So solle beispielsweise die Verneinung des Strafantrags im Einstellungsurteil nur nach strikter Beweisaufnahme erfolgen ²⁾.

Ausgehend von dieser Differenzierung innerhalb der Tatsachen, jeweils entsprechend ihrer Funktion für die Urteilsbasis, und daraus folgernd die Wahl des Wahrheitsermittlungssystems, hat Beling auch Grundsätzliches für die Revisibilität solcher festgestellter Tatsachen ausgesagt.

Der Ansatzpunkt sei in der Fragestellung zu sehen, ob alle Tatsachenfeststellungen, die auf dem Ergebnis einer in der Hauptverhandlung des Untergerichts vorgenommenen Beweisaufnahme beruhten, für das Revisionsgericht unantastbar seien. Das verneint Beling mit dem Hinweis, daß damit sonst dem Zufall Tür und Tor geöffnet werde ³⁾.

Entsprechend den Überlegungen zur erstinstanzlichen Verhandlung solle nur die Anfechtung der Urteilsbasis erschwert sein, die Tatsachen, die diese Urteilsbasis aus-

1) Beling, Festschrift S.153 f.

2) Beling, Festschrift S.154 Fn.2.

3) S. Beling, Festschrift S.142 ff. mit Beispielen.

machten, sollten der revisionsrichterlichen Überprüfbarkeit verschlossen sein. Denn gerade sie seien, ihrer Wichtigkeit entsprechend, in ganz besonders solider und garantierter Feststellung gewonnen worden im Gegensatz zu den anderen Tatsachen, für die freie Feststellung gelte ¹⁾. Wegen dieser besonderen Garantie sei die Wahrscheinlichkeit der Erschütterung relativ gering, zumal eine Erschütterung nur von einer ebenfalls dem strengen Beweisrecht unterstellten Feststellungsverfahren zu erwarten sei. Deshalb sei die Revision an die tatsächliche Urteilsbasis des untergerichtlichen Urteils gebunden, hingegen an der Nachprüfbarkeit frei festgestellter Tatsachen nicht gehindert.

Diese Überlegungen Belings bieten in mehrfacher Hinsicht Ansatzpunkte für eine kritische Auseinandersetzung.

Zunächst zu seiner Befürchtung, die Strafgerichte würden unerträglich belastet, wolle man alle relevanten Tatsachen in einer regelrechten Beweisaufnahme feststellen. Daraus folgert er dann die Notwendigkeit einer Differenzierung innerhalb der einzelnen Tatsachengruppen.

Problematisch ist die Ausgangsfrage, ob nämlich prozessuale Tatsachen, auch wenn ihr Vorliegen völlig unbestritten und unzweifelhaft ist, ebenfalls im Wege einer Beweisaufnahme festgestellt werden müssen ²⁾.

1) Beling, Festschrift S.154 f.

2) Zu dieser Interpretation kann die Bemerkung Belings führen, wenn er, zumindest im Gesamtzusammenhang unklar, auf S.147 Fn.1 formuliert: "Und wohin sollte es führen, wenn alle prozessualen Punkte, auch wenn kein Beteiligter die erforderlichen Tatsachen bezweifelt, jedesmal erörtert werden müssten". In ähnlichem Zusammenhang fragt Kautter, S.5, ob der Richter die zahllosen prozessualen Tatsachen, aus welchen sich ein Strafprozeß zusammensetze, jedesmal prüfen müsse, "ohne daß sich Zweifel ergeben"? S.a. Beling, Lehrbuch S.284; Wroblewski, S.22 f.

Allgemein kann diese Frage weder für die materiell erheblichen noch für die prozessual relevanten Tatsachen bejaht werden. Zwar gilt in der Strafprozeßordnung der Satz ¹⁾, daß gemäß § 244 Abs.2 alle für eine gerichtliche Entscheidung irgendwie erheblichen Tatsachen bewiesen werden müssen, es sei denn, ihre Offenkundigkeit, d.h. Allgemein- oder Gerichtskundigkeit macht den Beweis überflüssig ²⁾. Hingegen werden aber auch in jedem Strafverfahren zahlreiche relevante Tatsachen ohne jede Beweisaufnahme als bewiesen angenommen, weil für sie eine natürliche Vermutung spricht ³⁾. Erst bei einem Zweifel an ihrem Vorliegen, d.h. wenn Anhaltspunkte für einen Mangel gegeben sind, tritt das Gericht in eine nähere Untersuchung ein. So kann man z.B. von der Zurechnungsfähigkeit eines erwachsenen Menschen ausgehen, genauso wie von der Annahme, daß der Beschuldigte nicht in Notwehr gehandelt hat, die beim Gericht eingegangenen Urkunden können als echt behandelt werden, bis sich Zweifel an diesen Tatsachen regen.

Die Erkenntnis und Aneignung offensichtlich vorliegender, nicht bestrittener Tatsachen durch das Gericht stellt noch gar keine Beweisaufnahme dar. Solange keine Zweifel bestehen oder Anhaltspunkte für eine Nachprüfung gegeben sind, kann man von einer Fiktion des Bewiesenseins, einer Fiktion der Existenz solcher Tatsachen sprechen.

1) S.a. Roxin, S.119 f.

2) Kleinknecht, § 244 Rdnrn.8 ff.; vgl. Geppert, S.154 ff.

3) KMR I, Vorbem.1 b 1 § 48; Exner, S.47; Wroblewski, S.22.

Ebenso verhält es sich mit einer Reihe prozessual erheblicher Tatsachen. Die Prozeßvoraussetzungen etwa werden ohne Beweisaufnahme summarisch geprüft und als vorliegend angenommen. Oder die Tatsache, daß die Tür zum Verhandlungssaal geöffnet ist, wird konstatiert, ohne daß das Gericht dabei in eine Beweistätigkeit eintritt. Erst wenn Zweifel auftreten, hat das Gericht diese Tatsache besonders unter Beweis zu stellen ¹⁾.

Die Beweisbedürftigkeit ist also eine Voraussetzung, von der in allen Fällen auszugehen ist. Deshalb vermag der von Beling gewählte Ansatzpunkt jedenfalls nicht dahingehend zu überzeugen, daß deshalb aus Gründen der Prozeßökonomie der Freibeweis dringend erforderlich ist ²⁾.

Auch die Überlegung Belings, Beweisart und Gerichtsin-
stanz zueinander in Beziehung zu setzen, überzeugt nicht.

Abgesehen von denen, die die Urteilsbasis bildeten ³⁾, sei die Masse der prozessual bedeutsamen Tatsachen gegenüber den materiell relevanten geringerwertig, deshalb erachtet Beling für sie eine solide garantierte Feststellung im untergerichtlichen Verfahren für nicht erforderlich. Entgegen dem naheliegenden Schluß, diese Tatsachen verdienten in der Revisionsinstanz erst recht keine besondere Bedeutung, will Beling jetzt der weniger gründlichen Klärung in der erstinstanzlichen Verhandlung eine sorgfältige Feststellung im Revisionsverfahren folgen lassen. Damit soll also dem Revisionsgericht hinsicht-

1) Wroblewski, S.23; E.Peters, S.114 f.; Ditzgen, S.42 f.

2) Beling erwähnt in seiner Arbeit zwar ähnliche Beispiele und Gedanken wie in dieser Untersuchung, nur setzt er sie in einen anderen Zusammenhang. Deshalb sind seine Prämisse und die von ihm gewählten Folgerungen ungenau.

3) Relevant beim Einstellungsurteil nach § 260 Abs.3.

lich prozessual relevanter Tatsachen vorbehalten bleiben, was für das Untergericht zu bagatell ist ¹⁾.

Das praktische Beispiel dafür, daß prozessual bedeutungsvolle Tatsachen einem Syllogismus als Untersätze einverleibt und somit Urteilsbasis werden könnten, was ihre Feststellung im Strengbeweisverfahren bedinge, klärt die Problematik kaum.

So führt Beling aus, daß eine Verneinung des Strafantrages im Einstellungsurteil nur nach strikter Beweisaufnahme erfolgen dürfe, eine Bejahung des Antrages hingegen sei durch freie Feststellung möglich ²⁾. Das ist zwar von seinem Ausgangspunkt her konsequent, da nur bei einem Einstellungsurteil, etwa wegen Fehlens des Strafantrages, eine prozessual erhebliche Tatsache als Urteilsbasis relevant wird, führt aber hinsichtlich der Praktikabilität nicht weiter und ist auch durch nichts gerechtfertigt ³⁾. Ex post betrachtet läßt sich feststellen, ob ein Strafantrag vorlag, mithin Freibeweis anzuwenden war, oder ob ein solcher zu verneinen war, was nur durch strenge Beweisaufnahme hätte festgestellt werden dürfen. Aus der Sicht ex ante ist diese Entscheidung aber nicht möglich, denn das Gericht kann das Ergebnis der Beweisaufnahme nicht vorhersehen und ist deshalb auch nicht in der Lage, eine richtige Entscheidung über die Art der Beweisaufnahme vorweg zu treffen.

1) S.a. Alsberg, JW 1915, 307.

2) Beling, S.154 Fn.2.

3) S.a. Wroblewski, S.19; Kautter, S.22 ff.

Sinnvollerweise ist in allen Fällen, wenn die Frage des Vorliegens eines rechtswirksamen Strafantrages zweifelhaft ist, eine strenge Beweisaufnahme durchzuführen, da diese Feststellung für das Urteil immer wichtig werden kann. Denn hat das Gericht eine freie Beweisaufnahme über das Vorliegen eines Strafantrages durchgeführt und ist es diesbezüglich zu einem negativen Ergebnis gelangt, so wäre es gemäß den Vorstellungen von Beling gezwungen, darüber nochmals ein Strengbeweisverfahren durchzuführen, bevor es ein Einstellungsurteil nach § 260 Abs.3 erläßt ¹⁾. Wird umgekehrt ein Strafantrag angenommen, so ist die Entscheidung über diese Frage zumindest vom Standpunkt der Beteiligten, die dieses Problem nicht schon durch eine summarische Prüfung als erledigt angesehen, sondern einer genauen Überprüfung unterworfen haben, nicht minder wichtig als die Feststellung materiell relevanter Tatsachen.

Möglicherweise stellt die Frage des Strafantrages aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen sogar den Kernpunkt des Verfahrens dar, eine Entscheidung darüber trägt dann das Urteil, egal, ob das Vorliegen bejaht oder verneint wird ²⁾.

Ein sofortiges strengbeweisliches Vorgehen ist also empfehlenswert.

4. Julius Kautter

Auch Kautter ³⁾ beschäftigt sich eingehend mit der Notwendigkeit einer beweismäßig unterschiedlichen Behandlung prozessual erheblicher und materiellrechtlich relevanter Tatsachen.

1) S.a. Kautter, S.24 f.; E.Peters, S.23 f.

2) S.a. Hegler I, S.399 ff. Fn.1, auf seinen Lösungsvorschlag wird an späterer Stelle eingegangen.

3) Diss. Tübingen 1913.

Zunächst räumt er ein, daß sich der Freibeweis nicht aus einer konkreten Norm der Strafprozeßordnung ableiten lasse ¹⁾. Denn die dort zu findenden Bestimmungen, etwa über die Beweisaufnahme, die Beweisanträge und Beweismittel besagten zwar, daß es Tatsachen seien, die den Gegenstand des Beweises bildeten, hingegen werde über die Art solcher Tatsachen nichts ausgesagt.

Es sei aber, so folgert er weiter, von der weitaus größeren Wichtigkeit der materiell relevanten Tatsachen auszugehen. Die entscheidende Funktion eines Strafverfahrens sei die gründliche und erschöpfende Klärung der Existenz oder Nichtexistenz eines Strafanspruchs, "damit kein Unschuldiger verurteilt, kein Schuldiger freigesprochen wird" ²⁾. Den prozessualen Erfordernissen komme dabei nur eine sekundäre Bedeutung zu, diese könne man sich ohne die materiell erheblichen Tatsachen nicht vorstellen, ihnen verdankten sie ihre Daseinsberechtigung.

Und bereits aus dieser gesonderten Wichtigkeit solle sich ein Unterschied in der Art der Beweiserhebung herleiten lassen.

Eine weitere Begründung dieses Ergebnisses stelle folgende Überlegung dar. Bei den materiell erheblichen Tatsachen sei es wegen der Mannigfaltigkeit ihres Vorkommens auf Grund der verschiedensten Erscheinungsformen des Lebens unmöglich, von vornherein den Schluß auf ihre Existenz oder ihr Fehlen zu ziehen. Deshalb bedürfe es bei ihnen genauerster Überprüfung.

1) Kautter, S.3 f.

2) Kautter, S.4.

Bei den prozessual erheblichen Tatsachen hingegen könne normalerweise mit ihrem Vorhandensein gerechnet werden. Es sei die Regel, so Kautter, daß etwa bei den Antragsdelikten der Antrag vorliege oder es an einer bereits vorherigen Aburteilung der Sache fehle. Deshalb solle der Richter bei diesen Tatsachen nicht an die Beweisvorschriften der Strafprozeßordnung gebunden sein, zumal ihm sonst auf Kosten der wichtigeren materiell erheblichen Tatsachen eine unnötige Last aufgebürdet werde.

In diesem Zusammenhang weist er auch auf die einschlägige Praxis hin, die prozessuale Fragen "etwas auf die leichte Achsel" nehme, d.h., sie entweder überhaupt nicht, oder, wenn Zweifel auftauchten, sehr summarisch überprüfe¹⁾.

Den Hauptgrund für die Ungleichbehandlung beider Tatsachengruppen sieht Kautter in der Gesetzesregelung über die Tatsachenfeststellung in der Revisionsinstanz. So sei das Revisionsgericht hinsichtlich der Schuld- und Straffrage "anerkanntermaßen" an das Ergebnis der tatrichterlichen Beweisaufnahme gebunden, während es nach § 352 Abs.1 die prozessual erheblichen Tatsachen selbst überprüfen müsse. Dahinter vermutet Kautter eine erstinstanzliche genaue und gründliche Ermittlung der Urteilsbasis, weshalb eine Nachprüfung seitens des Revisionsgerichts nicht erforderlich sei. Anders zu behandeln hingegen seien die prozessual bedeutsamen Tatsachen, die wegen der nur summarischen Erledigung seitens des Untergerichtes einer revisionsrichterlichen Überprüfung nicht entzogen werden dürften²⁾.

1) Kautter, S.5.

2) Kautter, S.6 u. S.25.

Zunächst ist festzustellen, daß sich die Überlegungen Kautters eng an die Gedankengänge Belings anlehnen ¹⁾. Die von dem letzteren ungenau vollzogene Verknüpfung von Beweisbedürftigkeit und Beweisverfahren nimmt Kautter in ebenso unklarer Form wieder auf, so daß auf die vorherige Kritik verwiesen werden kann ²⁾. Das gilt gleichermaßen für die sonderbar anmutende Überlegung, das Revisionsgericht solle dort Nachlese halten, wo dem Tatrichter eine besondere Sorgfalt nicht abverlangt werde ³⁾.

Doch auch seine weitere Argumentation ist nicht geeignet, Notwendigkeit und Existenz des Freibeweises überzeugend darzulegen.

Denn Kautter geht von der Prämisse aus, daß der Tatrichter die prozessual erheblichen Tatsachen im Wege des Freibeweises feststellen darf, und zieht daraus seine Folgerungen für die Revisionsinstanz. Hingegen ist die Behandlung der prozessual relevanten Tatsachen im Revisionsverfahren selbst eine erst zu lösende Frage, deren Beantwortung von der Lösung des Problems in der tatrichterlichen Instanz abhängt, wobei bei der Revision noch dieses Rechtsmittel eigentümliche Zweckgedanken hinzukommen ⁴⁾. Revisionsrechtliche Überle-

1) Die Argumentation Kautters hinsichtlich der von ihm selbst erwähnten "Urteilsbasis" variiert gegenüber der Lehre Belings dahingehend, daß seiner Meinung nach nur die materiell erheblichen Tatsachen diese ausmachen, und auch die prozessual relevanten Tatsachen, die ein Formalurteil zur Folge hätten, frei festzustellen seien, S.22 ff.; den Grund sieht er darin, daß sich für die von Beling vertretene Differenzierung keine entsprechende positive Gesetzesvorschrift finden lasse.

2) S. oben, S.36 ff.

3) Wroblewski, S.15.

4) E.Peters, S.29.

gungen können deshalb zur Klärung der Ausgangsfrage nicht herangezogen werden ¹⁾. Darüber hinaus ist es ebenfalls überaus fraglich, ob man, jetzt einmal vom Untergericht abgesehen, die revisionsrichterliche Befugnis zur Nachprüfung der tatsächlichen prozessual erheblichen Umstände überhaupt der Norm des § 352 entnehmen kann ²⁾.

5. August Hegler

Differenzierende Gedanken zu dem hier zu behandelnden Problembereich entwickelt Hegler ³⁾.

Auch er spricht sich für eine Unterscheidung innerhalb der zu beweisenden Tatsachen aus, beherrscht von der Überlegung, daß für die weniger wichtigen die Vorschriften über das strenge Beweisverfahren der Strafprozeßordnung mit ihren Weiterungen nicht notwendig seien. Die entscheidende Frage aber sei, wie diese minder wichtigen Tatsachen festzustellen und abzugrenzen seien.

Ausgehend von der die herrschende Meinung modifizierenden Theorie Belings gesteht er dieser einen richtigen Kern zu ⁴⁾. Nicht eine Gegenüberstellung von materiell relevanten und prozessual erheblichen Tatsachen allein führe zur Unterschiedlichkeit in der Beweisaufnahme, sondern maßgebend sei es, ob eine Tatsache die Urteilsbasis bilde oder nicht. Nur für die erste Kategorie finde das strenge Beweisrecht Anwendung, nicht für die letztere, wobei dieser allerdings regelmäßig die prozessual relevanten Tatsachen angehörten.

1) S.a. Hegler I, S.399 ff. Fn.1.

2) Alsberg, JW 1915, 306 ff.; Schwinge, S.166 ff. m.w.N.

3) S. insbes. Hegler I, S.399 ff. u. Fn.1.

4) Hegler I, S.211 f. Fn.1.

Hingegen bedarf es seiner Meinung nach zur Lösung der anstehenden Frage einer Weiterentwicklung der Überlegungen Belings.

Der zu engen Urteilsbasis will Hegler eine weiter gefaßte Entscheidungsbasis gegenüberstellen. Dabei geht er von einer teleologischen Betrachtungsweise aus. Die ratio beispielsweise des Mündlichkeitsprinzips sei es, daß das Gericht seine Entscheidung über die Klage nicht auf Grund von Tatsachenannahmen aufbauen dürfe, die eine Überraschung für die Beteiligten enthalten könnten. "Insoweit kommen auch prozessuale Punkte als notwendige Gegenstände der Hauptverhandlung in Betracht, als nämlich ihr Vorliegen oder Nichtvorliegen eine Rolle bei der Begründung dieser Entscheidung spielt, der Richter sich bei dieser die betr. Frage vorlegt" ¹⁾. Anders ausgedrückt bedürfe es der strengbeweislichen Feststellung all derjenigen Tatsachen, die die Entscheidungsbasis ausmachten, "auf deren Annahme oder Nichtannahme sich die Entscheidung des erkennenden Gerichtes über die Klage ihrem Inhalt nach aufbaut, die bei der Begründung dieses Inhalts eine Rolle spielen, weil bei gegenteiliger Annahme eine Entscheidung dieses Inhalts unmöglich wäre" ²⁾.

Im Unterschied zur engen Urteilsbasis Belings, wonach nur die prozessual erheblichen Tatsachen dem Strengbeweisverfahren unterliegen, die ein Formalurteil zur Folge haben, zählt Hegler hierzu beispielsweise auch die Bejahung des Strafantrags bei Verurteilung wegen eines Antragsdeliktes oder die Verneinung der *res iudicata* usw.

1) Hegler I, S.211 f. Fn.1; "betr." im Zitat (betreffende, sc.).

2) Hegler I, S.399 ff. Fn.1.

Den Grund dafür sieht er in der ratio sowie in der Interpretation der §§ 261, 264, welche zwar von einer Entscheidung über die Klage, über "die in der Anklage bezeichnete Tat" (als Gegenstand der Entscheidung) sprächen, was aber nicht unbedingt nur mit einer materiell fundierten Entscheidung gleichzusetzen sei.

Auch diesen Erwägungen läßt sich mit kritischen Argumenten entgegentreten.

Die Befürchtung, das Gericht könne bei Nichteinhaltung des Mündlichkeitsprinzips die Entscheidung auf Tatsachennahmen aufbauen, die für die Beteiligten eine Überraschung darstellten, läßt sich entschärfen durch das Postulat, daß auch die Ergebnisse der in einem freien Beweisverfahren ermittelten Tatsachen zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemacht werden müssen ¹⁾. So fordert die herrschende Meinung gemäß der Verpflichtung zur Gewährung des rechtlichen Gehörs i.S.d. Art.103 Abs.1 GG, daß auch im Wege eines freien Beweisverfahrens keine Tatsachen verwertet werden dürfen, zu denen sich zu äußern die Verfahrensbeteiligten keine Gelegenheit hatten, womit der Überraschungsgefahr vorgebaut wäre ²⁾.

Auch bezüglich der Ausformung der von Hegler konstruierten Entscheidungsbasis bleiben Unklarheiten. Hegler nennt nur zwei Beispiele, nämlich den Strafantrag und die res iudicata, offen bleibt, ob damit etwa die Überprüfung sämtlicher anderer Prozeßvoraussetzungen ebenfalls angesprochen sein soll ³⁾. Denn immer, wenn Zwei-

1) Eb.Schmidt I, Nr.379 Fn.96; KMR I, § 244 Anm.2 c I.

2) Löwe-Rosenberg-Gollwitzer, § 244 Rdnr.4; Willms, S.395 ff.

3) Hegler I, S.211 f. Fn.1.

fel am Vorliegen einer Prozeßvoraussetzung auftauchen, hat sich der Richter diese Frage vorzulegen, er hat sie aufzuklären. Ohne ihre Bejahung ist ein Sachurteil gar nicht möglich, von daher bildet eine solche auch immer die Entscheidungsbasis.

Auf die förmliche Urteilsbegründung kann in diesem Zusammenhang ebenfalls nicht abgestellt werden. Denn § 267 fordert weder die ausdrückliche Feststellung, daß die erforderlichen Verfahrensvoraussetzungen vorliegen oder keine Verfahrenshindernisse bestehen ¹⁾, noch ist eine Begründung für die Einstellung des Verfahrens gemäß § 260 Abs.3 vorgesehen ²⁾. Bei einem verurteilenden oder freisprechenden Urteil wird es als im Ermessen des Gerichtes stehend angesehen, ob es sich über das Vorliegen von Prozeßvoraussetzungen aussprechen will. Beim Einstellungsurteil hingegen soll sich eine Begründungspflicht aus der Natur der Sache ergeben, da dem § 267 nicht entnommen werden könne, daß ein solches Urteil einer Begründung nicht bedürfe. Dem Gericht ist es somit verwehrt, den Prozeß mit dem bloßen Hinweis zu beenden, daß das Verfahren eingestellt sei ³⁾. Wollte man jedenfalls bei der Bejahung einer Prozeßvoraussetzung auf eine ermessensbedingte Urteilsbegründung zurückgreifen, wäre dem Zufall Tor und Tür geöffnet.

Auch der wenig ergiebige Hinweis auf die Interpretation der §§ 261, 264, die nicht nur von einer materiellen Entscheidung sprächen, mithin also auch prozessuale Entscheidungen erfassen könnten, vermag es nicht fundiert genug, die Existenz des Freibeweises und seine Notwendigkeit zu klären.

1) Löwe-Rosenberg-Gollwitzer, § 260 Rdnr.110.

2) Furtner, S.159; Kroschel-Doerner, S.183 f.

3) Löwe-Rosenberg-Gollwitzer, § 267 Rdnr.122; Furtner, S.159 f.

6. Eberhard Schmidt

In seiner Stellungnahme zur Problematik des Freibeweises spricht sich Eb.Schmidt bei der Frage, ob Strengbeweis oder Freibeweis anzuwenden ist, gegen die von der herrschenden Meinung vertretene Auffassung aus, die Entscheidung darüber sei abhängig davon, ob es sich um eine materiellrechtlich bedeutsame oder prozeßrechtlich erhebliche Tatsache handle. Diese Unterscheidung sei wegen der Existenz doppelfunktioneller Prozeßhandlungen gar nicht möglich ¹⁾.

Entscheidend sei hingegen die funktionale Bedeutung der jeweils in Betracht kommenden gerichtlichen Entscheidung. Diene sie der sachlichen Erledigung des Urteils- bzw. Prozeßgegenstandes ²⁾, so sei strengbeweislich vorzugehen, und auch das Revisionsgericht sei an diese tatrichterlichen Feststellungen gebunden. Treffe das Gericht aber eine prozessuale Entscheidung, so könne es sich auf den Freibeweis stützen, was dann auch in jedem Rechtszug selbständig nachprüfbar sei ³⁾.

Den Gegenstand des durch den Strafprozeß zu gewinnenden richterlichen Urteils sieht er in der Klärung der Frage, ob ein bestimmter Sachverhalt strafbare Handlungen bestimmter Personen aufweise ⁴⁾, mithin werde durch eine Entscheidung über die Schuld- und Straffrage der Prozeß- bzw. Urteilsgegenstand erledigt. Über das Beweisverfahren

1) Eb.Schmidt II, Vorbem.20 zu §§ 244-256.

2) Eb.Schmidt II, § 2 Erl.2.

3) Dieser Meinung schließen sich auch Alsberg-Nüse, S.460, an.

4) Eb.Schmidt I, Nr.57.

entscheide demzufolge der Funktionszusammenhang einer Tatsache mit dem Prozeßstoff, darin sei auch gleichzeitig die Rechtfertigung der Verschiedenartigkeit der Beweisaufnahme zu sehen. Tauchten etwa Zweifel auf, ob die Tatsachen vorlägen, von deren Gegebenensein eine Prozeßvoraussetzung abhängt, so sei das Gericht nicht an gesetzliche Formvorschriften gebunden.

Grundsätzlich Überzeugend sind auch diese Ausführungen nicht.

Zunächst ist es zweifelhaft, ob die von Eb.Schmidt gezogene Folgerung den Belangen des Beschuldigten gerecht wird. Denn er kann an der Klärung einer Verfahrensfrage, die beispielsweise zur Bejahung eines Prozeßhindernisses und damit zu einem einstellenden Prozeßurteil nach § 260 Abs.3 führt, genauso interessiert sein wie an der Feststellung der zur Schuld- und Straffrage zählenden Tatsachen ¹⁾.

Des weiteren ist eine genaue Klassifizierung der Tatsachen entsprechend ihrer den Urteils- bzw. Prozeßgegenstand sachlich erledigenden Funktionalität nicht immer einfach, die Einteilung erscheint teilweise sogar recht fragwürdig und willkürlich.

Ergibt sich etwa die Möglichkeit, daß ein Geständnis des Beschuldigten unter Beeinträchtigung seiner Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung zustande gekommen ist, so sollen die tatsächlichen Voraussetzungen eines etwaigen Verstoßes gegen § 136 a gemäß der Entscheidung des Bundesgerichtshofs ²⁾ freibeweislich zu prüfen sein. Denn es handle sich bei den Voraussetzungen der Unverwertbarkeit um die Feststellung prozeßerheblicher Tatsachen. Dabei gehe es nicht um den Inhalt des für die

1) S. a. E.Peters, S.26.

2) BGH 16, 164 ff.; ebenso Löwe-Rosenberg-Meyer, § 136 a Rdnr.53.

Schuldfrage bedeutsamen Geständnisses, sondern um die Art, wie es zustande gekommen sei, also um die Feststellung eines Verfahrensfehlers.

Diese Argumentation aber ist recht zweifelhaft ¹⁾. Denn das Gericht hat bei einem möglichen Verstoß gegen § 136 a darüber zu entscheiden, ob das Geständnis als Beweismittel für das Sachurteil verwertet werden darf, es schmälert bzw. erweitert dadurch das Tatsachenpotential, aus dem das Sachurteil zu gewinnen ist. Damit hat seine Entscheidung aber auch unmittelbaren Einfluß auf die Urteilsgrundlagen und dient der sachlichen Erledigung des Prozesses. Dies wird um so deutlicher, wenn man den Stellenwert eines Geständnisses in der Gerichtspraxis berücksichtigt. "Wer der Entscheidung zu § 136 a StPO lediglich prozessuale Bedeutung zumißt, stellt ihre unverkennbar direkten sachlichen Auswirkungen auf das Sachurteil in Abrede" ²⁾.

Und noch ein weiteres Beispiel verdeutlicht die Fragwürdigkeit des Vorgehens, ein Beweisverfahren vom Funktionszusammenhang einer Tatsache mit dem Prozeßstoff abhängig zu machen.

So läßt für die Feststellung der tatsächlichen Voraussetzungen, von denen die Vereidigung oder Nichtvereidigung eines Zeugen abhängt, die herrschende Meinung ebenfalls Freibeweisrecht gelten ³⁾. Die Vernehmung einer Person über die Eidesfähigkeit eines Zeugen soll keine Beweiserhebung zur Strafsache selbst sein, d.h. über Tatsachen, die für die Schuld- und Straffrage von

1) S. insbes. K.Peters, S.284.

2) E.Peters, S.55.

3) Kleinknecht, § 60 Rdnr.1; RG 56, 102 f.; E.Peters, S.52 m.w.N.

Bedeutung sind, sondern nur eine Vorbereitung zur Vereidigung des Zeugen durch Einholung der dazu nötigen Auskünfte. Diese Auskunftseinholung aber beziehe sich nur auf eine Tatsache, die für die Einhaltung der Förmlichkeiten des Verfahrens von Bedeutung sei, deshalb sei das Gericht in der Beschaffung der dazu nötigen Erkenntnisquellen nicht an die Förmlichkeiten gebunden, die gemäß der Strafprozeßordnung bei der Erhebung des Schuldbeweises gegen den Beschuldigten zu beachten seien ¹⁾.

Diese Auffassung ist bedenklich, weil die erforderlichen Ermittlungen sich oft eng mit der Prüfung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen berühren, besonders etwa bei der Frage der Nichtbeeidigung wegen Teilnahmeverdachts (§ 60 Nr.2). Die Beurteilung der Glaubwürdigkeit aber ist ausschließlich Thema des Strengbeweisverfahrens.

Zwar meinen Alsberg-Nüse ²⁾, daß das Gericht einen Teilnahmeverdacht im Hinblick auf eine Vereidigung zum Beispiel unter Benutzung des Akteninhaltes frei feststellen könne, dieses Ergebnis sei aber für die Urteilsfindung auszuschalten, und das Gericht habe die Frage, inwieweit gegen den Zeugen ein seine Glaubwürdigkeit mindernder Teilnahmeverdacht vorliege, vollständig neu zu prüfen. Daß sich diese scharfe Differenzierung aber auch in der Praxis durchführen läßt, ist nur schwerlich anzunehmen ³⁾.

Hinzu kommt, daß eine Entscheidung über die Vereidigung eines Zeugen sich auch auf das Urteil zumindest auswirken kann, da das Gericht einer beeidigten Aussage wohl

1) RG 56, 102 (103).

2) Alsberg-Nüse, S.472 u. Fn.50.

3) Vgl. dazu auch das ähnlich gelagerte Problem der "fruit of the poisonous tree doctrine"; Roxin, S.126.

mehr Gewicht zumißt ¹⁾. Zwar kann es auch die Aussage eines unbeeidigt gebliebenen Zeugen für glaubwürdig halten, einer beeidigten Aussage hingegen wird es eher folgen. Somit ist der Beschluß über die Vereidigung für das Sachurteil nicht unerheblich, er klingt bei der Urteilsfindung nach und ist dementsprechend auch materiellrechtlich bedeutsam.

Ein generelles Abstellen auf die funktionale Bedeutung der jeweils in Betracht kommenden gerichtlichen Entscheidung für die Wahl des Beweisverfahrens läßt sich mit Rücksicht auf die Interessen des Beschuldigten und die Problematik der Einordnung von Tatsachen nicht bejahen.

7. Karl Peters

K.Peters ²⁾ verwendet zur Abgrenzung der Tatsachen und damit zur Entscheidung für ein bestimmtes Wahrheitsermittlungssystem ein anderes Kriterium.

Der Strengbeweis sei bezüglich solcher Tatsachen zwingend erforderlich, die nur in einer unmittelbar-mündlichen Hauptverhandlung geklärt werden könnten, was dann auch zu einer Bindung des Revisionsgerichts an derartige tatrichterliche Feststellungen führe. Als Beispiel wählt Peters die Amnestie, deren tatsächliche Voraussetzungen nach Zeit, Ort, Schwere und Motiv der Tat einer Klärung in einer unmittelbaren mündlichen Hauptverhandlung bedürften.

1) E.Peters, S.53.

2) K.Peters, S.284 u. S.578 f.

Freibeweis hingegen solle überall dort Anwendung finden, wo es der unmittelbar-mündlichen Hauptverhandlung nicht bedürfe.

Abgesehen von einer Begründung mangelt es diesem Kriterium auch an genügender differenzierender Schärfe ¹⁾.

So kann z.B. nicht gesagt werden, daß die Voraussetzungen einer Amnestie nach Zeit, Ort, Schwere und Motiv der Tat ausschließlich in einer unmittelbar-mündlichen Hauptverhandlung festgestellt werden können, möglicherweise ergeben sie sich bereits eindeutig aus dem Ergebnis des Ermittlungsverfahrens ²⁾. Dieses kann übrigens auch für alle anderen prozessualen Entscheidungen übernommen werden.

Und auch die Feststellung, daß alle beweisbedürftigen Tatsachen in der Hauptverhandlung nur nach den dort allgemein gebotenen Beweisnormen geklärt werden können, verlangt eine Differenzierung und eine Begründung, um als klärende Aussage brauchbar zu sein. Die Beantwortung der Frage, wann überhaupt die Klärung gewisser Voraussetzungen nur mittels einer unmittelbar-mündlichen Hauptverhandlung erfolgen muß, läßt das von Peters entwickelte Kriterium jedenfalls offen, so daß seine Überlegung zur generellen Unterscheidung zwischen Strengbeweis und Freibeweis kaum weiterführt.

8. Die Interpretation des § 251 Abs.3 StPO

Einen Niederschlag des Grundsatzes des Freibeweises sieht die herrschende Meinung ³⁾ in der Bestimmung des

1) S.a. Eb.Schmidt II, Vorbem.20 zu §§ 244-256.

2) E.Peters, S.25.

3) Eb.Schmidt II, § 251 Erl.32 ff.; KMR I, § 251 Anm.10; Kühne, RdNr.438; Löwe-Rosenberg-Gollwitzer, § 251 Rdnrn.63 ff.

§ 251 Abs.3.

Gemäß dieser Vorschrift dürfen Vernehmungsniederschriften, Urkunden und andere als Beweismittel dienende Schriftstücke ungeachtet des Grundsatzes der persönlichen Vernehmung (§ 250) und seiner engen Ausnahmen in § 251 Abs.1 und Abs.2 auch dann verlesen werden, wenn die Verlesung anderen Zwecken als unmittelbar der Urteilsfindung dient. Dem Zwecke unmittelbarer Urteilsfindung, worunter die herrschende Meinung nur das Sachurteil versteht, diene aber nur die Aufklärung des als Urteilsgegenstand in Betracht kommenden Sachverhaltes, d.h. der Tat-, Schuld- und Rechtsfolgenfragen.

Mit dieser Vorschrift werde, so folgert die herrschende Meinung weiter, nur etwas Selbstverständliches ausgesagt, denn es sei bereits allgemein anerkannt, daß die Bestimmungen der §§ 244-256 über die Beweisaufnahme nur für die materiellrechtlich relevanten Tatsachen anwendbar seien, mithin nur bezüglich solcher Tatsachen, die ein Urteil hinsichtlich Täterschaft, Schuld und sich daraus ergebender Rechtsfolgen begründeten ¹⁾. Besonders auch die vom Grundsatz der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit beherrschten §§ 249, 250 seien ebenfalls nur auf die materiell erheblichen Tatsachen anzuwenden.

Die anderen Zwecke i.S.d. § 251 Abs.3 bezögen sich auf die Feststellung prozessualer Tatsachen oder Voraussetzungen, für sie gelte demzufolge Freibeweis, nicht Strengbeweis.

1) S. insbes. Löwe-Rosenberg-Gollwitzer, § 251 Rdnr.64; Schneidewin, JR 1951, 481 (484).

Kritik an dieser Vorschrift wird hauptsächlich dahingehend geübt, daß sie sich auf den Gebrauch schriftlicher Beweismittel beschränke. Denn wenn hierin der Grundsatz des Freibeweises zu sehen sei, was zu beschreiben teilweise als überflüssig angesehen werde, so wäre der ihr gebührende Platz allgemein bei der Beweisaufnahme im Zusammenhang mit § 244 Abs.1, und dann hätte sie sich auch hinsichtlich der Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen klärend äußern müssen ¹⁾.

Diese einseitige Interpretation des § 251 Abs.3, unter Urteilsfindung nur die Sachurteilsfindung zu verstehen, kann aber nicht unbedingt als zwingend übernommen werden.

So kann etwa entsprechend der Theorie Belings auch ein Prozeßurteil wegen seiner besonderen Bedeutung der Urteilsfindung i.S.d. § 251 Abs.3 unterfallen, um auch dieses über die Schutznorm des § 250, verbunden mit den eng konzipierten Ausnahmemöglichkeiten des § 251 Abs.1 und 2 zu sichern ²⁾.

Auch ist nicht klar, welche Tatsache unmittelbar der Urteilsfindung dient. Soll damit auf den Funktionszusammenhang zum Prozeßstoff abgestellt werden, so kann auf die oben geäußerte Kritik ³⁾ besonders an der Anwendung des Freibeweises bezüglich der die §§ 136 a, 60 ausmachenden Tatsachen verwiesen werden.

1) Kohlhaas, NJW 1954, 535 (538).

2) Beling, Festschrift S.148; E.Peters, S.27.

3) S. S.49 ff.

9. Die Rechtsprechung

Auch die Rechtsprechung bleibt eine klärende Antwort schuldig, weshalb der Freibeweis notwendig und anzuerkennen ist, sondern übernimmt mehr oder weniger leitsatzartig die herrschende Meinung.

a) Das Preußische Obertribunal

Erste Äußerungen zu der hier behandelten Frage finden sich in der Rechtsprechung des Preußischen Obertribunals ¹⁾ zu Art.25 des Gesetzes vom 3.Mai 1852 ²⁾.

Dieses Gesetz hatte die Funktion eines Zusatzgesetzes zur Verordnung vom 3.Januar 1849 ³⁾, in welcher das Mündlichkeitsprinzip in besonderer Reinheit ausgestaltet war ⁴⁾, von dem aber in Art.25 eine dieses Prinzip nicht unwesentlich modifizierende Ausnahme geschaffen wurde. Dabei wurde die Gefährdung dieses Prinzips hauptsächlich darin gesehen, daß Art.25 nicht von konkreten Situationen sprach, in denen Ausnahmen zugelassen wurden, sondern einen allgemeinen und sehr schwankenden Grundsatz bestimmte.

1) Hier bes. Preußisches Obertribunal, GA 10 (1862), 827 f.

2) Gesetz, betreffend die Zusätze zu der Verordnung vom 3.Januar 1849 über die Einführung des mündlichen und öffentlichen Verfahrens mit Geschworenen in Untersuchungssachen. Vom 3.Mai 1852, Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preußischen Staaten (1852), S.209 ff.

3) Verordnung über die Einführung des mündlichen und öffentlichen Verfahrens mit Geschworenen in Untersuchungssachen. Vom 3.Januar 1849, Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preußischen Staaten (1849), S.14 ff.

4) Vgl. dazu Lohmann, GA 18 (1870), 137 ff.

Die Konzipierung dieser Vorschrift war einzig durch Zweckmäßigkeitsgründe motiviert, um nämlich die bei strikter Durchführung des Mündlichkeitsprinzips auftretenden, unverhältnismäßigen Verzögerungen sowie Verteuerungen der Strafprozesse zu vermeiden.

Zunächst stellte Art.25 die mündliche Vernehmung von Sachverständigen und Zeugen über Tatsachen, welche für die Entscheidung von Erheblichkeit waren, als Regel auf. Die hier angesprochene Entscheidung aber bezog sich auf die Schuld- bzw. Tatfrage, die Rechtsfrage, also die Subsumierung der Handlung unter das Gesetz, und die Strafdronung¹⁾. Bezüglich solcher Tatsachen mußte also stets eine mündliche Vernehmung erfolgen.

Des weiteren ließ Art.25 eine Verlesung von Schriftstücken zu, insoweit es zur Aufklärung der Sache als notwendig oder dienlich erschien, womit der Grad der Erheblichkeit einer nachzuweisenden Tatsache für das Erfordernis der Bedingungen der ersten oder der zweiten Alternative des Art.25 entscheidend war.

Welche Tatsache für die Entscheidung erheblich war, welche nur zur Aufklärung diene, hing von der Sachlage jedes einzelnen Falles ab. So konnte etwa eine und dieselbe Tatsache, wie z.B. die Zeit, in der ein Verbrechen geschehen war, in einer Situation von größter Erheblichkeit, in einem anderen Fall von nur geringer Bedeutung sein und deshalb nur zur Aufklärung dienen. Über das Vorhandensein der Bedingungen der in

1) Auf die in diesem Zusammenhang auftauchenden Probleme der Kompetenzabgrenzung zwischen Richterbank und Geschworenenbank braucht hier nicht eingegangen zu werden; vgl. dazu Oetker, S.3 ff.; Schorn, S.1 ff.

Art.25, 2.Alternative statuierten Ausnahme hatte das Gericht zu entscheiden.

Wichtig aber ist festzustellen, daß eine Verlesung von Schriftstücken, die nur zu einem prozessualen Zwecke, wie etwa zur Begründung des Verfahrens oder als Information für das Gericht erfolgte, um nach § 333 der Kriminalordnung über die Zulässigkeit der Vereidigung eines Zeugen zu befinden, gar nicht unter Art.25 fiel. Es handelte sich dabei also weder um Tatsachen, die für die Entscheidung von Erheblichkeit waren und für die das Mündlichkeitsprinzip Anwendung gefunden hätte, noch um solche, die zur Aufklärung der Sache notwendig oder dienlich waren und einer rechtstechnischen Verlesung i.S.d. Art.25 bedurft hätten ¹⁾.

In einem konkreten Fall hatte das Preußische Obertribunal darüber zu befinden ²⁾, ob das durch das Gericht erfolgte Akteneinsehen und Konstatieren der Tatsache, daß ein Zeuge mit dem Beschuldigten wegen verschiedener Vergehen, welche untereinander im Zusammenhang standen, angeklagt war und in Untersuchungshaft einsaß, gegen Art.25 verstieß. Die Frage war, ob diesbezügliche Urkunden hätten verlesen werden müssen.

Eine Verpflichtung zur Verlesung der Urkunde i.S.d. Art.25 wurde abgelehnt. Denn, so entschied das Obertribunal, "Informationen, welche der Gerichtshof zum Zwecke einer ihm allein obliegenden Maßregel des Pro-

1) Lohmann, GA 18 (1870), 140.

2) Preußisches Obertribunal, GA 10 (1862), 827 f.

zesses einzieht, wie hier zum Zwecke des Beschlusses über die Vereidigung eines Zeugen, sind nicht durch diejenigen Förmlichkeiten bedingt, welche insbesondere der Art. 25 für die dort gedachten Fälle der Benutzung von Beweis-Urkunden in der Sache selbst vorschreibt".

Damit sprach sich das Gericht zwar für ein unterschiedliches Beweisverfahren je nach Art der Tatsache aus, die festgestellt werden sollte, gab dafür aber keine Begründung an. Obendrein sind die aufgeführten Kriterien viel zu undifferenziert, um eine brauchbare und zufriedenstellende Abgrenzung zu ermöglichen.

Die hier wiedergegebene Entscheidung des Obertribunals läßt aber möglicherweise noch eine andere Interpretation zu, die nicht unberücksichtigt bleiben soll. Denn wenn das Gericht, wie es ausführte, einen formfreien Informationseinzug für prozessuale Entscheidungen, die ihm allein oblagen, zuließ, so könnte man annehmen, daß der Grund für die verschiedenartige Behandlung von materiellen und prozessualen Tatsachen in der schwurgerichtlichen Trennung zwischen Berufsrichtern und Geschworenen lag ¹⁾. Daraus ließe sich folgern, daß die Laienrichter die Schuldfrage zu entscheiden hatten, die im strengen Beweisverfahren zu klären war, während den Berufsrichtern die Feststellung der unbedeutenderen prozessual erheblichen Tatsachen zustand, für deren Erforschung Freibeweis genügte.

1) S.a. Kautter, S.6.

Dem aber ist entgegenzuhalten, daß den Berufsrichtern auch die Entscheidung über die Straffrage zukam, deren sie bedingende Tatsachen zweifellos im Wege des Strengbeweises festzustellen waren ¹⁾. Zudem sind etwaige Folgerungen aus der Trennung zwischen Richter- und Geschworenenbank durch die Beseitigung der Schwurgerichte ²⁾ nicht mehr möglich ³⁾.

b) Das Reichsgericht

Überprüft man die reichsgerichtliche Rechtsprechung zu dem hier angesprochenen Problem, so vermittelt sie den Eindruck, daß der Freibeweis unstrittig anerkannt ist und daß es darüber keines weiteren Nachdenkens bedarf.

Es befaßt sich in einer großen Anzahl von Entscheidungen mit dem Freibeweis, die in der sachlichen Stellungnahme nicht divergieren, aus denen sich aber allmählich folgender feststehender Grundsatz ergibt ⁴⁾. Auf die Feststellung gesetzlicher Voraussetzungen, von denen die Vornahme einer Prozeßhandlung abhängt, fänden die Grundsätze der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit, wie sie sich aus den §§ 244 ff. ergäben, keine Anwendung. Denn diese Vorschriften gälten vielmehr ausschließlich für die Entscheidung der Schuld- und Straffrage. Hinsichtlich der

1) Schorn, S.5.

2) Verordnung über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege. Vom 4. Januar 1924, RGBl. I (1924), S.15 ff.

3) Wroblewski, S.14; Hegler I, S.399 ff. Fn.1.

4) So z.B. RG 4, 205 (Strafantrag); RG 4, 264 (265) (Strafantrag); RG 6, 161 ff. (Strafantrag); RG 10, 253 (254) (ne bis in idem); RG 55, 231 (Amnestie); RG 56, 102 (103) (Eidesfähigkeit); RG 59, 36 (gerichtliche Zuständigkeit); RG 66, 113 f. (Öffentlichkeit des Verfahrens).

Feststellung prozessualer Voraussetzungen gebe es keine besonderen Verfahrensvorschriften. Es sei vielmehr dem pflichtgemäßen Ermessen des Richters überlassen, wie er sich seine Überzeugung von dem Vorhandensein dieser Voraussetzungen verschaffen wolle. Deshalb sei er auch in der Wahl der Beweismittel, in der Form der Beweiserhebungen und in der Art der Benutzung dieser Erhebungen in der Hauptverhandlung frei, und insoweit sei auch das Revisionsgericht an die Feststellungen des Tatrichters nicht gebunden ¹⁾.

Eine Begründung für diese Meinung findet sich in einer Entscheidung des II.Strafsenats vom 4.April 1882 ²⁾:

Es handelt sich in dem Fall um eine Pressebeleidigung des Reichskanzlers Fürst von Bismarck, wobei die Rechtzeitigkeit des notwendigen Strafantrages auf Grund einer schriftlichen Erklärung des Beleidigten bejaht wird. Dagegen wendet sich der Beschuldigte mit der Behauptung, auch für die Feststellung der Rechtzeitigkeit des Strafantrages seien alle Prozeßnormen anzuwenden, welche die Strafprozeßordnung für die Hauptverhandlung gegeben habe.

Das Reichsgericht hingegen verneint dies. Denn der Strafantrag stehe mit der Schuld des Beschuldigten bzw. der Strafbemessung in keinem inneren Zusammenhang, er gehöre nicht zum Tatbestand, sondern bilde nur die prozessuale Vorbedingung für die Statthaftigkeit der Strafverfolgung des Täters. Dies ergebe sich, abgesehen von der Wortfassung der §§ 261, 264, auch noch aus folgenden Überlegungen:

1) S. insbes. RG 38, 323 ff.

2) RG 6, 161 ff.

Gemäß § 263 Abs.2 begreife die Schuldfrage auch solche Umstände, welche die Strafbarkeit ausschließen, verminderten oder erhöhten, § 265 Abs.2 beinhalte den Hinweis auf neu hervorgetretene Umstände, welche die Strafbarkeit erhöhten, und nach § 267 Abs.2 bedürfe es in den Urteilsgründen der Angabe der Umstände, welche die Strafbarkeit ausschließen, verminderten oder erhöhten. "Alle diese Bestimmungen", so folgert das Gericht weiter, "treffen also Fürsorge für das Verfahren und bezw.den Inhalt des Urteiles,wenn es sich um Feststellung 'der That, deren Strafbarkeit und die Strafbemessung' handelt, während es an Vorschriften darüber gebricht, wie der Umstand konstatiert werden soll, ob der zur 'Strafverfolgung' erforderliche, das ganze prozessuale Strafverfahren bedingende Strafantrag gestellt worden sei". Diesem Schweigen des Gesetzes aber sei zu entnehmen, daß der Richter bei der Feststellung prozessualer Tatsachen an die strafprozessualen Beweisvorschriften nicht gebunden sei.

Es kann aber kaum angenommen werden, daß der Wortlaut einzelner dieser Vorschriften oder deren vergleichende Betrachtung auf die Anerkennung des Freibeweises durch die Strafprozeßordnung schließen läßt ¹⁾.

So lassen sich dem § 261 verschiedene Bedeutungsschichten entnehmen, die nicht einheitlich beurteilt werden können. § 261 postuliert zunächst den Grundatz der freien Beweiswürdigung in dem Sinne, daß die Bildung der rich-

1) S.a. Wroblewski, S.10 ff.; E.Peters, S.28.

terlichen Überzeugung an keinerlei besondere Beweisregeln gebunden ist. Das gilt nach herrschender Meinung aber auch für den Freibeweis ¹⁾. Weiterhin gibt § 261 dem Grundsatz der Mündlichkeit Ausdruck in dem Sinne, daß die richterliche Überzeugung nur aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung geschöpft werden darf, dieser Grundsatz soll aber beim Freibeweis keine Anwendung finden ²⁾. Diese verschiedenen Interpretationen und Anwendungsmöglichkeiten des § 261 sagen aber über die grundsätzliche Anerkennung und Existenz des Freibeweises nichts aus.

Auch der in der Entscheidung gegebene Hinweis auf § 264, wonach Gegenstand der Urteilsfindung nur die Straftat, jedoch nicht auch der Strafantrag sei, kann nicht überzeugen. Denn § 264 besagt nichts darüber, was der Richter alles im Rahmen der Urteilsfindung zu prüfen hat, reduziert die richterliche Prüfungstätigkeit nicht auf die Tat als solche. § 264 soll nur den Prozeßgegenstand erfassen und die Identität des Anklage- und Urteilstatbestandes garantieren, eine Verhandlung und Beweisaufnahme über die außerhalb der Tat liegenden Momente ist deshalb nicht ausgeschlossen ³⁾. Eine ganz andere Frage aber ist es, ob und inwieweit die Vorschriften, die für die Verhandlung und Beweisaufnahme über die Tat gelten, auch auf diese anderen Tatsachen anzuwenden sind.

1) Kautter, S.20 f.; Alsberg-Nüse, S.476.

2) Alsberg-Nüse, S.477.

3) Alsberg, GA 62 (1916), 1 ff. (3); Wroblewski, S.11; E.Peters, S.28.

§ 263 Abs.2 erläutert lediglich die gesetzliche Vorstellung davon, was die Schuldfrage umfassen soll, für den Freibeweis läßt sich aus dieser Vorschrift nichts herleiten.

Und auch den §§ 265 Abs.2 und 267 Abs.2 kann eine verschiedenartige Behandlung der prozessual erheblichen Tatsachen nicht entnommen werden ¹⁾.

Daraus ist zu folgern, daß die Meinung des Reichsgerichts, die Schuld- und Straffrage sei dasjenige Gebiet, für welches die Beweisvorschriften der Strafprozeßordnung allein Geltung beanspruchten, und daß alle anderen Tatsachen mithin im Wege des Freibeweises festzustellen seien, schwerlich haltbar ist.

c) Der Bundesgerichtshof

Die bekannt gewordenen Urteile des Bundesgerichtshofs tragen ebenfalls nicht zur Lösung des anstehenden Problems bei, sondern geben nur erklärend die "allgemein anerkannten Grundsätze" der reichsgerichtlichen Rechtsprechung wieder, ohne eine eigene sachliche Stellungnahme.

Zur revisionsgerichtlichen Tätigkeit bei der Überprüfung von Prozeßvoraussetzungen äußert sich der Bundesgerichtshof dahingehend, daß das Revisionsgericht z.B. die Prozeßvoraussetzung der rechtzeitigen Stellung des Strafantrages von Amts wegen zu prüfen habe. "Dabei ist es weder auf die vom Tatrichter hierüber getroffenen Feststellungen beschränkt noch an dessen Beweiswürdigung gebunden" ²⁾.

1) Wroblewski, S.12.

2) BGH, MDR 1955, 143 f. (mitgeteilt von Dallinger).

Dies gelte auch für sämtliche Prozeßhindernisse, wobei das Revisionsgericht noch erforderliche Ermittlungen nach den Grundsätzen des Freibeweises selbst vorzunehmen habe.

Zum Freibeweis selbst führt der Bundesgerichtshof aus ¹⁾, daß für diesen nicht die strengen Anforderungen gälten, die die Strafprozeßordnung an den Beweis in der Schuld- und Straffrage gemäß den §§ 243 ff. stelle. Das Gericht brauche dabei auf Beweisanträge nur einzugehen, soweit dies die Aufklärungspflicht gebiete. Insbesondere sei es seinem pflichtgemäßen Ermessen überlassen, wie es sich die Überzeugung verschaffen wolle. Für den Bereich der Verfahrensvoraussetzungen und Verfahrenshindernisse seien gemäß der Rechtsprechung ²⁾ die Grundsätze des Freibeweises bereits allgemein anerkannt. Darüber hinaus habe das Reichsgericht aber auch entschieden, daß es dem pflichtgemäßen Ermessen des Richters überlassen sei, wie er sich die Überzeugung von den Voraussetzungen für bestimmte Prozeßhandlungen verschaffen wolle, ohne in der Wahl der Beweismittel, in der Form der Beweiserhebung und in der Art ihrer Benutzung durch die §§ 243 ff. eingeschränkt zu sein ³⁾.

In einer weitere Entscheidung ⁴⁾ geht es um die Frage, ob wegen einer Verletzung des Rechts des Beschuldigten auf alsbaldige und schnelle Verhandlung gemäß Art.VII Abs.9 a des NATO-Truppenstatus das Verfahren eingestellt

1) S. insbes. BGH 16, 164 ff. (166).

2) Verwiesen wird auf RG 51, 72; RG 59, 313; RG 62, 262; BGH, MDR 1955, 527; BGH, NJW 1958, 392.

3) Verwiesen wird auf RG 38, 323; RG 56, 103.

4) BGH 21, 81 ff.

werden soll. Auch in diesem Fall spricht sich der 1. Strafsenat dahingehend aus, daß dem strengen Beweisrecht der §§ 244-257 nur die Tatsachen unterlägen, die für die Sachentscheidung bedeutsam seien. Von Tatsachen aber, die für die Entscheidung erheblich seien, ob das Verfahren unzulässig sei oder ob es fortgeführt werden dürfe, könne sich das Gericht im Wege des Freibeweises unabhängig von den Regeln der §§ 244 ff. überzeugen.

Damit übernimmt der Bundesgerichtshof die Rechtsprechung des Reichsgerichts, ohne sich mit dem Problem auseinanderzusetzen und ohne eine klärende Begründung zu finden.

10. Die ablehnende Meinung von August von Kries

Neben den bisher besprochenen Befürwortern des Freibeweises gibt es in der strafprozessualen Literatur aber auch frühere Autoren, die diesem die Existenzberechtigung absprechen und den Freibeweis ablehnen.

So geht etwa v. Kries ¹⁾ von dem in der Strafprozeßordnung postulierten Prinzip der Mündlichkeit aus, welches besage, daß das Gericht seinem Urteil überhaupt keine Tatsachen zugrunde legen dürfe, welche nicht Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen seien oder sich im Wege der Schlußfolgerung aus solchen ergeben könnten. Deshalb gehe die reichsgerichtliche Rechtsprechung viel zu weit, wenn sie prozeßerhebliche Tatsachen von diesem Prinzip ausnehme und es nicht für nötig erachte, sie zum Gegenstand der Erörterung in der mündlichen Hauptverhandlung zu machen ²⁾. Sei etwa die ord-

1) Vgl. v. Kries, Lehrbuch S. 254.

2) Verwiesen wird auf RG 4, 209, dort aber ist eine einschlägige Entscheidung nicht zu finden. Es ist zu vermuten, daß sich v. Kries auf die Entscheidung RG 4, 205 ff. bezieht, die sich mit der Problematik des Strafantrags auseinandersetzt.

nungsgemäße und rechtzeitige Stellung des Strafantrages unmittelbar oder mittelbar zu beweisen, so fordere es der Grundsatz der Mündlichkeit, daß der Beweis in der mündlichen Verhandlung erbracht werde.

Und auch der Grundsatz der Unmittelbarkeit gelte, so v.Kries, in der Hauptverhandlung erster Instanz, unabhängig davon, welche Tatsachen den Gegenstand des Beweises ausmachten. Insbesondere sei kein Unterschied darin zu sehen, ob materiellrechtlich oder prozessual erhebliche Tatsachen zu erweisen seien ¹⁾.

Eine Begründung dieser seiner Ansicht erfolgt in einem Beitrag über "Das Prinzip der Unmittelbarkeit im Beweisverfahren der deutschen Prozeßordnungen" ²⁾. Dort kritisiert v.Kries die Meinung des Reichsgerichts, wonach sich die Vorschriften über das Beweisverfahren schlechthin nur auf die materiellrechtlich erheblichen, also die Schuld- und Straffrage betreffenden Tatsachen bezögen, nicht aber auf die prozessual relevanten.

Zwar verlange die Strafprozeßordnung in einigen Fällen des Beweises über eine prozeßerhebliche Tatsache nur die Glaubhaftmachung, wie etwa gemäß § 56 bei dem Beweis von Tatsachen, auf welche sich ein Zeugnisverweigerungsrecht stützen lasse, meistens aber fehle es an besonderen Bestimmungen. Daraus folgert v.Kries, daß in den anderen Fällen die sonstigen Vorschriften der Strafprozeßordnung über den Beweis Platz greifen müßten. Denn entscheidend sei, daß sich in der Strafprozeßord-

1) Vgl. v.Kries, Lehrbuch S.348.

2) Vgl. v.Kries, ZStW 6 (1886), 88 ff. (124 ff.).

nung keinerlei Einschränkungen bezüglich des Beweis-themas finden ließen, wo es sich um eine Beweisführung handle und nirgends von einer ausschließlichen Anwendung der Beweisvorschriften auf materiell erhebliche Tatsachen die Rede sei.

Das Reichsgericht ¹⁾ berufe sich zwar bei seiner Meinung auf einige Paragraphen im Abschnitt über die Hauptverhandlung, die die Feststellung der Schuld- und Strafrage besonders behandelten, hingegen sehe § 250, der hier entscheidend sei, keinerlei Einschränkungen vor. Diese Vorschrift, in welcher die Geltung des Prinzips der Unmittelbarkeit für den Zeugenbeweis in der Hauptverhandlung erster Instanz ausdrücklich ausgesprochen werde, spreche ganz allgemein vom Beweis einer Tatsache. Daraus sei zu folgern, daß das jede relevante Tatsache sein könne, egal ob prozessual oder materiellrechtlich erheblich ²⁾.

Weiterhin verweist v.Kries auf die unmöglichen Konsequenzen, die sich aus der reichsgerichtlichen Ansicht ergäben.

Könne etwa bei der Frage der Rechtzeitigkeit des gestellten Strafantrages ein Zeuge bekunden, daß der Berechtigte viel früher als vorgegeben von der Tat und der Person des Täters Kenntnis erlangt habe (§ 77 b StGB), er mithin also möglicherweise die dreimonatige Antragsfrist versäumt habe, so sollten hier die strafprozessualen Vorschriften über den Zeugenbeweis keine Anwendung finden. Man könne sich mit einer schriftlichen Mitteilung statt einer mündlichen Vernehmung be-

1) Vgl. oben S.60 ff.

2) A.a.O., S. 125

genügen und brauche den Zeugen auch nicht zu vereidigen. Die Person sei gar nicht Zeuge im Sinne der Strafprozeßordnung, habe also weder die Verpflichtung, zu erscheinen noch auszusagen noch ihre Aussage zu beschwören. Wolle man aber diese Konsequenz nicht akzeptieren, so könne man nicht umhin, die Zeugenbeweismvorschriften ganz und uneingeschränkt anzuwenden, mithin auch den § 250.

Der Ausgangsüberlegung von v.Kries ist zuzustimmen, denn eine gesetzliche Norm, die die Beweismvorschriften der Strafprozeßordnung dort für nicht anwendbar erklärt, wo der Beweis der nicht für die Schuld- und Straffrage relevanten Tatsachen in Frage steht, gibt es nicht.

Das wird auch in der Literatur bejaht ¹⁾. Doch gegen die daraus von ihm gezogenen Folgerungen wendet sich die gesamte herrschende Meinung ²⁾, der insoweit auch zuzustimmen ist.

So führt z.B. Beling an, daß die Strafprozeßordnung zwar das Prinzip der Mündlichkeit postuliere, wodurch aber noch nichts darüber ausgesagt werde, was alles zur Sprache gebracht werden müsse ³⁾.

Auch der Absicht, die herrschende Meinung dadurch ad absurdum führen zu wollen, daß v.Kries ihr den Ausschluß des Zeugniszwangsverfahrens auf dem Gebiete des Freibeiwes als Konsequenz unterstellt, ist entgegenzutreten. Denn in der Formlosigkeit der Beweisaufnahme ist keine Verpflichtung des Gerichts, sondern ein Recht zu sehen ⁴⁾.

1) S. u.a. Alsberg-Nüse, S.460.

2) Alsberg-Nüse, S.477 Fn.67 m.w.N.

3) Beling, Festschrift S.147 Fn.1.

4) S.a. Ditzen, S.53; Kautter, S.6 f.

Bei prozessual relevanten Tatsachen entscheidet über Art und Umfang der Erhebung der Urteilende nach seinem freien Ermessen. Aus dieser grundsätzlichen Freiheit des Ermessens ergibt sich zwar, daß die §§ 244 ff. den Richter nicht binden, er sich aber selbst binden darf, wenn er es für zweckmäßig erachtet, er kann also auch im strengbeweislichen Verfahren vorgehen.

11. Herbert Wroblewski

Als Gegner des Freibeweises erweist sich auch Wroblewski ¹⁾.

Grundsätzlich gingen, so führt er aus, auch die Befürworter des Freibeweises vom Prinzip der materiellen Wahrheitsforschung aus, kämen aber zu dem Ergebnis, daß dies auch ohne Anwendung der Beweisvorschriften der Strafprozeßordnung möglich sei. Das aber sei abzulehnen.

Zwar befreie die Strafprozeßordnung den Richter von Beweisregeln, die ihn bei der Aufklärung von Tatsachen binden würden, die gesetzliche Konzeption aber schreibe vor, wie und an welche Tatsachen er anknüpfen müsse und an welche nicht. Nur so werde nach der Meinung des Gesetzes die erforderliche Wahrheitsfindung gesichert. Gerade die Strengbeweisvorschriften garantierten besonders die Gewinnung richtiger Resultate, denen deshalb, im Gegensatz zu den freibeweislich ermittelten Ergebnissen, auch ein größerer Wahrscheinlichkeitswert beizumessen sei ²⁾.

1) Diss. Jena 1935, insbes. S.26 ff.

2) S.a. Beling, Festschrift S.148.

Eine Befreiung vom strengen Beweisverfahren sei demnach nur zulässig, wenn den Tatsachen außerhalb der Schuld- und Straffrage durchgehend eine nur mindere Bedeutung zukomme, die eine mögliche schlechtere Qualität des freibeweislich ermittelten Ergebnisses erlaube ¹⁾. Das hingegen, so Wroblewski, könne nicht angenommen werden, da ansonsten der ethische Gehalt des Strafrechts gegenüber der konkreten staatlichen Ordnung inadäquat überschätzt würde. Denn in den Prozeßvoraussetzungen drücke sich jeweils eine bestimmte staatliche Motivation aus, die nicht leichtfertig übergangen werden dürfe. Erlasse der Gesetzgeber etwa ein Straffreiheitsgesetz, so dokumentiere er damit, daß das Interesse der Gemeinschaft an der Bestrafung des Täters durch ein anderes wichtigeres aufgehoben sei. Deshalb habe der Richter, wenn der Sachverhalt zweifelhaft sei, erforderlichenfalls die Voraussetzungen für eine Amnestie genauso sorgfältig zu überprüfen wie die Anwendbarkeit des materiellen Strafrechts auf die verfolgte Tat. Eine Bestrafung trotz Vorliegens der Amnestievoraussetzungen könne nicht mit dem Hinweis bejaht werden, dies sei nicht so schlimm, da dem Täter ja die Straftat nachgewiesen sei, denn sonst könnte die Zweckgebundenheit staatlicher Strafdrohungen unterlaufen werden.

Dies gelte gleichsam für alle Prozeßvoraussetzungen, die deshalb im Wege des Strengbeweises festzustellen seien, und das nicht nur wegen der Beachtung des Staatswillens, sondern auch zur Wahrung der Gerechtig-

1) Wroblewski, S.27.

keit ¹⁾. So sei es nicht nur ein schreiendes Unrecht, "wenn der Täter zweimal wegen derselben Tat bestraft würde und Strafe leiden müßte, sondern ungerecht wäre es ebenso, wenn einem Täter die Straffreiheit infolge unzulänglicher Sachprüfung versagt bleibt, die dem anderen gewährt wird" ²⁾.

Weder den Vorschriften, die die Hauptverhandlung erster Instanz betreffen, noch den §§ 344-352 und 357 sei zu entnehmen, daß die Strafprozeßordnung die Prozeßvoraussetzungen für weniger wichtig halte als die Schuld- und Straffrage. Außerdem stehe und falle das ganze Verfahren mit dem Vorhandensein der Prozeßvoraussetzungen, und alle auf das Verfahren zur Sache selbst verwendete Kraft sei vertan, wenn sich später ihr Fehlen herausstelle ³⁾.

Hinzu komme, daß das Gesetz bereits Erleichterungen für die Feststellung von Tatsachen vorsehe, die für die Gestaltung des Verfahrens erheblich seien. So stehe etwa bezüglich der Richter- und Sachverständigenablehnung gemäß den §§ 26 Abs.2 und 74 Abs.3 oder für die Geltendmachung des Zeugnisverweigerungsrechtes gemäß § 56 die Glaubhaftmachung zur Verfügung. Die Existenz dieser von den Beweisvorschriften losgelösten Tatsachenermittlung bedinge den Gegenschluß, daß im übrigen das allgemeine Beweisrecht Geltung haben solle ⁴⁾. Die Glaubhaftmachung sei also als eine Ausnahme vom strengen Beweisrecht zu sehen, die dem Gericht die Feststellung der Voraussetzungen gewisser Entscheidungen erleichtere. Nehme man hingegen den Standpunkt ein, daß das Strengbeweisrecht sowieso nur für die Schuld- und Straffrage

1) Wroblewski, S.28.

2) Wroblewski, S.29.

3) Wroblewski, S.31.

4) S.a. v.Kries, ZStW 6 (1886), 88 ff. (124 f.).

gelte, im übrigen es aber Sache des Richters sei, wie er die anderen Tatsachen feststellen wolle, so sei die Glaubhaftmachung überflüssig.

Außerdem spreche die Glaubhaftmachung schon deshalb gegen den Freibeweis, weil ihr zu entnehmen sei, daß die Strafprozeßordnung formfreie Ermittlungen nur zur Begründung einer hinreichenden, nicht aber der vollen richterlichen Überzeugung als genügend erachte¹⁾.

Hinzu komme, daß gewisse Entscheidungen in das verständige richterliche Ermessen gestellt seien, was dem Richter in der Hauptverhandlung neben der Glaubhaftmachung die nötige Entlastung bei der Beachtung von Formvorschriften bringe. So brauche der Richter in aller Regel keinen Strengbeweis darüber zu erheben, ob ein Zeuge gemäß § 60 Nr.1 die genügende Vorstellung von der Bedeutung des Eides habe oder ob er gemäß § 60 Nr.2 der Beteiligung an der Tat, der Begünstigung oder der Hehlerei verdächtig sei.

Seien aber, so folgert Wroblewski weiter²⁾, in der Hauptverhandlung sonst prozessuale Schritte vom Vorliegen ganz konkreter Umstände abhängig, so müßten diese mangels abweichender gesetzlicher Regelung im Strengbeweisverfahren ermittelt werden. Dabei verweist er unter anderem auf das Beispiel des § 60 Nr.1, wenn unklar sei, ob der Zeuge das sechzehnte Lebensjahr erreicht habe und damit eidesfähig geworden sei. Eine un-

1) Wroblewski, S.32.

2) Wroblewski, S.34.

erträgliche Belastung des Gerichts sei darin nicht zu sehen, denn in aller Regel reiche die Angabe des Zeugen über sein Alter zur Begründung der richterlichen Überzeugung aus. Wenn aber Bedenken darüber bestünden, ob der Zeuge sein Alter nicht etwa wahrheitswidrig auf unter sechzehn Jahre angebe, um unbeeidigt die Unwahrheit sagen zu können, so bedürfe es dann einer förmlichen Beweisaufnahme über das Alter ¹⁾.

Die Überlegungen Wroblewskis sind an sich rechtlich durchaus haltbar, ob sie auch zweckmäßig hinsichtlich sämtlicher Prozeßhandlungen sind, ist eine andere Frage.

Ungenau hingegen werden seine Ausführungen, wenn er das richterliche Ermessen an die Seite der Glaubhaftmachung stellt, um damit zur nötigen Entlastung des Richters von den Förmlichkeiten in der Hauptverhandlung zu gelangen, was bedinge, daß für die übrigen Tatsachen der Strengbeweis Anwendung finden müsse.

Bereits der Begriff "Ermessen" ist im Zusammenhang mit § 60 abzulehnen ²⁾, dem Gericht wird eine Art Beurteilungsspielraum oder "Bandbreite der Entscheidungsmöglichkeiten" bei der Überprüfung der tatbestandlichen Voraussetzungen dieser Norm eingeräumt ³⁾. Der Grund dafür ist in der unterschiedlichen Natur der zu erweisenden Tatsachen zu sehen, der verschiedenartigen Objektivierbarkeit. Es ist einsichtig, daß die Beurtei-

1) Wroblewski, S.34 Fn.23.

2) S.a. die Argumentation auf S.22 f.

3) So die Begriffsbestimmung in BVerwGE 39, 197 ff. (203), im Anschluß an Redeker, DÖV 1971, 757 ff. (762).

lung der Eidesfähigkeit nach intellektuellen oder entwicklungsbedingten Gesichtspunkten schwieriger und subjektiver ist als die Feststellung des Alters, wozu ein Blick in den Personalausweis oder eventuell in die Geburtsurkunde genügt. Während also bei der Einschätzung der Verstandesreife dem Gericht ein Beurteilungsspielraum zusteht, soll es sich nach Wroblewski bei der Kognition des Alters um einen ganz konkreten, im Strengbeweis festzustellenden Umstand handeln.

Für beide Tatsachen hingegen ist anzunehmen, daß zunächst der richterliche Eindruck entscheidend ist. Tauchen aber Zweifel darüber auf, so ist nicht einzusehen, weshalb der Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Verstandesreife einen anderen Einfluß auf die Art des Beweisverfahrens haben soll als die Feststellung des Alters.

Wroblewskis Argumentation vermittelt den Eindruck, daß die Erhebungen über "Ermessensentscheidungen" eine Beweisaufnahmetätigkeit eigener Art darstellen, was aber abzulehnen ist. Dies bleibt im Zusammenhang um so unverständlicher, als Wroblewski, der sich gegen den Freibeweis ausspricht, seine Forderung dahingehend präzisiert, daß im deutschen Strafprozeß nicht dreierlei Beweise, sondern nur ein Beweis und die Glaubhaftmachung gelten dürften ¹⁾.

1) Wroblewski, S.52. Auf die unnötige Identifizierung von Beweis und Strengbeweis, der auch Wroblewski folgt, wurde schon vorher auf S.5 Fn.2 kritisch hingewiesen.

12. Klaus Volk

Überlegungen zur Anwendbarkeit des Freibeweises finden sich auch bei Volk in seiner Arbeit über die "Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht" ¹⁾.

Sein theoretischer Ansatzpunkt ist die Frage, ob das herkömmliche Trennungsdenken in materielles Recht und Prozeßrecht aufrechterhalten werden kann. Denn Bestandteil dieses Trennungsdenkens sei, so Volk, auch die Regel, daß bei prozessual relevanten Tatsachen ein freies Beweisverfahren Platz greife.

Nach einer gedrängten Darstellung der Probleme des Freibeweises ²⁾ sowie einer kurzen Auseinandersetzung mit den dogmatischen Begründungsversuchen für dieses Beweisverfahren ³⁾ kommt Volk zu dem Schluß, daß eine Trennung in Prozeßrecht und materielles Recht, welches u.a. zu unterschiedlichen Beweisverfahren führe, der Behandlung der Prozeßvoraussetzungen nicht gerecht werde.

Er seinerseits schlägt vor, von den Prozeßprinzipien auszugehen, und die Frage zu stellen, ob man beim Beweis von Prozeßvoraussetzungen auf die Grundsätze der Mündlichkeit und Öffentlichkeit verzichten könne. Eine genaue Klärung dieser Frage liege außerhalb seines Themenkreises, hingegen sei es wegen der besonderen Bedeutung der Prozeßvoraussetzungen wohl nicht länger haltbar, diese den Garantien rechtsstaatlichen Prozedierens zu entziehen ⁴⁾.

1) Vgl. dort insbes. die S.73 ff.

2) S. 74-78.

3) S. 79-82.

4) S.83 u. Fn.246, S.249.

13. Zusammenfassung

Die hier vorgenommene Analyse der Theorien zum Freibeweis hat die Fragwürdigkeit der verschiedenen Konstruktionen aufgedeckt.

Dennoch hält die weitaus herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung aus pragmatischen Gründen an dem oben dargestellten Prinzip fest.

Deshalb soll im folgenden der Frage nachgegangen werden, ob nicht aus Gründen der Zweckmäßigkeit dem Gesetzgeber die Anerkennung des Freibeweises de lege ferenda anempfohlen werden sollte.

Da eine Untersuchung des Freibeweises hinsichtlich sämtlicher prozeßerheblicher Tatsachen den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde, soll sich die folgende Darstellung auf die Gruppe der Prozeßvoraussetzungen, deren Inhalte die wichtigsten prozessual relevanten Umstände ausmachen, und ihre Feststellung in der tatrichterlichen Instanz beschränken.

II. DIE PROZESSVORAUSSETZUNGEN

A. Entwicklung und Funktion der Prozeßvoraussetzungen

Die Lehre von den Prozeß- oder Verfahrensvoraussetzungen wurde erstmals 1868 von Oskar Bülow entwickelt und später von Sauer, Beling und Goldschmidt ausgebaut.

Unter den Verfahrensvoraussetzungen sind diejenigen Umstände zu verstehen, welche die Zulässigkeit des Prozesses bedingen. Dabei können sie positiver Art sein, wenn die rechtliche Durchführbarkeit des Strafverfahrens vom Vorhandensein gewisser Bedingungen, wie etwa dem Erfordernis des Strafantrages, abhängig ist. Gleichzeitig bestehen sie auch in Umständen, die nicht vorhanden sein dürfen, damit dem Verfahren kein Hindernis entgegensteht, wie etwa der rechtskräftigen, vorherigen Entscheidung, der Verjährung oder der Amnestie. Demzufolge kann von positiven und negativen Prozeßvoraussetzungen gesprochen werden, wobei die letzteren auch Prozeßhindernisse genannt werden ¹⁾.

1) Ein sachlicher Unterschied besteht zwischen beiden Gruppen nicht. So ist etwa bei den Prozeßhindernissen ihr Mangel ebenso Prozeßvoraussetzung, wie bei den Prozeßvoraussetzungen die positive Existenz verlangt wird; vgl. Eb.Schmidt I, Nr.193 f. Die Strafprozeßordnung verwendet nur den Ausdruck "Verfahrenshindernis" - so etwa in § 260 Abs.3 -, versteht darunter aber das Nichtvorliegen einer positiven Prozeßvoraussetzung oder das Vorhandensein eines Prozeßhindernisses; vgl. Kleinknecht, Einl. Rdrrn. 140 f.

In der weiteren Darstellung werden die Begriffe "Prozeß- bzw. Verfahrensvoraussetzung" und "Prozeß- bzw. Verfahrenshindernis" nur aus sprachlichen Gründen unterschiedlich benutzt.

Einteilungen und Begriffsbestimmungen finden sich hinsichtlich der Prozeßvoraussetzungen in der Literatur mannigfach ¹⁾, so spricht man von Verfolgungsbedingungen, abstrakten und konkreten Strafklagerechtsvoraussetzungen usw.

Dabei ist zuzugeben, daß der Begriff "Prozeßvoraussetzung" das, was er erfassen soll, nicht richtig umschreibt. Denn die Prüfung einer Prozeßvoraussetzung erfolgt im Verfahren, sie ist deshalb Gegenstand des Prozesses und nicht seine Voraussetzung. Goldschmidt ²⁾ verwandte daraufhin den Begriff der "Sachentscheidungsvoraussetzung", der sich aber in der Weite nicht von der von Bülow gewählten Bezeichnung unterschied ³⁾.

Heute hat sich in der Lehre und in der Rechtsprechung eine übereinstimmende Meinung herausgebildet ⁴⁾. Der Begriff der Prozeßvoraussetzungen umfaßt danach die Gesamtheit der Bedingungen, von denen es abhängt, ob über einen bestimmten Prozeßgegenstand in einem bestimmten Prozeß ein Sachurteil gewonnen werden darf.

Die eigentliche Funktion einer Prozeßvoraussetzung ist also im Hinblick auf das Sachurteil zu sehen, dieses zu gewinnen ist beim Fehlen einer Prozeßvoraussetzung unmöglich ⁵⁾. Von ihnen hängt die Zulässigkeit des ganzen

1) S.a. Eb.Schmidt I, Nr.120 u. Fn.224 ff.

2) Goldschmidt, S.5.

3) S. insbes. Eb.Schmidt I, Nr.117 ff. u. die Darstellung der von Rosenberg geübten Kritik an dem von Goldschmidt gewählten Begriff.

4) Eb.Schmidt I, Nr.120 Fn.224, begründet das damit, daß bei allem logischen Scharfsinn, der auf die diffizile Begriffszersplitterung verwendet worden sei, Zweifel an ihrer Fruchtbarkeit und Notwendigkeit blieben.

5) Eb.Schmidt I, Nr.119; Kleinknecht, Einl. RdNr.140 f.; Löwe-Rosenberg-Schäfer, Einl. Kap.11 RdNr.5 ff.; BGH 10, 74 (75).

Verfahrens ab im Gegensatz zu den Zulassungsbedingungen für einzelne Prozeßhandlungen, den Prozeßgestaltungs- bzw. Prozeßhandlungsvoraussetzungen ¹⁾. Der Unterschied wird dann klar, wenn man sich fragt, ob eine bestimmte Gegebenheit ein Prozessieren in dieser Sache vor diesem Gericht überhaupt bedingt, oder ob sie nur Voraussetzung für eine Prozeßhandlung innerhalb eines in dieser Sache vor diesem Gericht zulässigen Verfahrens ist ²⁾.

Das Gegebensein einer Prozeßvoraussetzung muß in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen geprüft werden ³⁾, was aber nicht bedeutet, daß das Fehlen einer Prozeßvoraussetzung in jedem Stadium des Verfahrens die gleiche Bedeutung haben muß. Denn der Mangel kann möglicherweise noch geheilt werden, wie dies etwa für den fehlenden Strafantrag gilt, der während der Antragsfrist noch nachgeholt werden kann.

Wichtig aber ist, daß das Gericht, wenn ein unheilbarer, beachtlicher Mangel einer Prozeßvoraussetzung festgestellt wird, kein Sachurteil erlassen darf, sondern das Verfahren gemäß § 260 Abs.3 in einem Urteil einstellen muß.

In der ursprünglichen Fassung enthielt die Strafprozeßordnung nur wenige Vorschriften bezüglich der Frage, welche Bedeutung dem Fehlen etwaiger verfahrensrechtlicher Umstände zukam, wann es zu berücksichtigen und wie es festzustellen war. So sah z.B. § 260 a.F. neben der Freisprechung und der Verurteilung auch eine urteilsmäßi-

1) Roxin, S.106.

2) Eb.Schmidt I, Nr.121.

3) Eb.Schmidt I, Nr.195.

ge Einstellung des Verfahrens vor, beschränkte diese aber auf das Fehlen oder die rechtzeitige Zurücknahme des zur Strafverfolgung erforderlichen Antrages.

Die Rechtsentwicklung nach dem ersten Weltkrieg - besonders im Hinblick auf die umfangreiche Amnestiegesetzgebung - führte zur Vertiefung der Problematik und Festigung der Rechtsprechung ¹⁾. So wurde die urteilsmäßige Einstellung des Verfahrens durch die Rechtsprechung auf alle mangelnden Prozeßvoraussetzungen erweitert. Dies legalisierte der Gesetzgeber durch die Einführung des § 260 Abs.3, wo es, sprachlich geringfügig geändert, jetzt heißt: "Die Einstellung des Verfahrens ist im Urteil auszusprechen, wenn ein Verfahrenshindernis besteht" ²⁾.

B. Überblick über die hauptsächlichen Prozeßvoraussetzungen

Die Prozeßvoraussetzungen werden, wie schon angedeutet, nach den unterschiedlichsten Gesichtspunkten gegliedert. Hauptsächlich ergeben sie sich aus den Beziehungen der Prozeßsubjekte und des Prozeßgegenstandes zum konkreten Verfahren, wobei aber auch die Beziehungen der Prozeßsubjekte und des Prozeßgegenstandes untereinander relevant werden können.

1) S.a. Löwe-Rosenberg-Schäfer, Einl. Kap.11 Rdnrn.3 f.

2) S. Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts vom 12.September 1950, BGBl.I (1950), S.455 ff.

Da es sich nicht lohnt, die Einteilung der Prozeßvoraussetzungen als wissenschaftliches Problem aufzufassen ¹⁾, soll auch hier nur eine möglichst übersichtliche Darstellung der hauptsächlichen Prozeßvoraussetzungen wiedergegeben werden ²⁾.

Es sollen unterschieden werden:

1. Die Aburteilungsbefugnis des Gerichts
2. Die Verfolgbarkeit der konkreten Sache
3. Die Verfolgbarkeit des Beschuldigten

1. Die Aburteilungsbefugnis des Gerichts

- a) Unterfallen des Beschuldigten unter die deutsche Gerichtsbarkeit

Der Beschuldigte muß dem gerichtsbarkeitlichen Machtbereich des deutschen Staates unterworfen sein.

Die Frage des Geltungsbereiches des Strafrechts der Bundesrepublik richtet sich nach den §§ 3-7 StGB, wo das Territorialitätsprinzip mit einigen Durchbrechungen geregelt ist ³⁾. Durch völkerrechtliche Rücksichten bedingte Ausnahmen finden sich in den §§ 18-20 GVG, welche die in diesen Vorschriften benannten Personen, insbesondere die Mitglieder der diplomatischen Missionen und konsularischen Vertretungen, von der deutschen Gerichtsbarkeit befreien.

1) Eb.Schmidt I, Nr.122 Fn.227.

2) S.a. den Überblick bei Roxin, S.106 ff.

3) Vgl. Dreher-Tröndle, § 3 Rdnr.1.

Eine weitere Einschränkung der deutschen Strafgewalt normiert auch Art.VII des NATO-Truppenstatuts ¹⁾ in Verbindung mit Art.19 des Zusatzabkommens ²⁾ bezüglich der auf bundesrepublikanischem Boden stationierten Truppen der NATO-Mächte. Unterfällt der Beschuldigte diesen ausgenommenen Personenkreisen, so liegt ein Prozeßhindernis vor und das Verfahren ist gemäß § 260 Abs.3 einzustellen.

b) Zulässigkeit des Strafrechtsweges

Es bedarf der Gerichtsbarkeit des ordentlichen Gerichtes. Der Gegenstand der gerichtlichen Prüfung muß demnach eine Strafsache im Sinne des § 13 GVG sein.

c) Sachliche und örtliche Zuständigkeit des Gerichts

Das Gericht muß sachlich und örtlich zuständig sein (§ 6 i.V.m. den einschlägigen Normen des GVG ³⁾, und §§ 7 ff. ⁴⁾).

1) S. Gesetz zu dem Abkommen zwischen den Parteien des Nordatlantikvertrages vom 19.Juni 1951 über die Rechtsstellung ihrer Truppen und zu den Zusatzvereinbarungen vom 3.August 1959 zu diesem Abkommen (Gesetz zum NATO-Truppenstatut und zu den Zusatzvereinbarungen) vom 18.August 1961, BGBI.II (1961), S.1183 ff.

2) Zusatzabkommen zu dem Abkommen zwischen den Parteien des Nordatlantikvertrages über die Rechtsstellung ihrer Truppen hinsichtlich der in der Bundesrepublik Deutschland stationieren ausländischen Truppen, BGBI.II (1961), S.1218 ff.

3) Vgl. dazu genauer Roxin, S.25 ff. m.w.N.

4) Vgl. dazu genauer Roxin, S.35 ff.

2. Die Verfolgbarkeit der konkreten Sache

a) Die "Unberührtheit" der Sache

Es gilt in der Strafprozeßordnung der Grundsatz der Einmaligkeit der Strafverfolgung ¹⁾, der besagt, daß ein Verfahren gegen den Beschuldigten unzulässig ist, wenn wegen dieser strafbaren Handlung eine gerichtliche Untersuchung bei demselben oder einem anderen Gericht eröffnet und noch nicht beendet ist. Dieser Grundsatz gilt um so mehr, wenn bei Täter- und Tatidentität bereits ein rechtskräftiges Urteil ergangen ist. Daraus folgt, daß Rechtshängigkeit und Rechtskraft ein neues Verfahren verhindern.

Das Verfahrenshindernis der Rechtshängigkeit ergibt sich aus § 12. Die Tatsache, daß die Rechtskraft eines in der Sache ergangenen Urteils die Strafklage verbraucht, und deshalb derselbe Täter wegen derselben Tat auch nicht auf Grund einer anderen rechtlichen Würdigung gerichtlich verfolgt werden darf, ist in der Strafprozeßordnung nicht ausdrücklich ausgesprochen, ergibt sich aber aus Art.103 Abs.3 GG.

Der Satz "ne bis in idem", inhaltlich unvollständig formuliert, verbietet sowohl die mehrmalige Bestrafung, als auch die erneute Verfolgung eines rechtskräftig Freigesprochenen, den nachträglichen Freispruch eines rechtskräftig Schuldigesprochenen oder eine nachträgliche Milderung einer anerkannten Strafe durch Urteils-

1) Löwe-Rosenberg-Schäfer, Einl. Kap.12 Rdnr.14.

spruch, es sei denn, es liegen die gesetzlichen Voraussetzungen der Wiederaufnahme des Verfahrens gemäß den §§ 359 ff. vor ¹⁾.

Umstritten ²⁾ ist dabei, wie weit die Sperrwirkung einer vorherigen rechtskräftigen Entscheidung reicht, wann eine ein neuerliches Verfahren hindernde Tatidentität vorliegt. Der entscheidende Gesichtspunkt zur Beantwortung dieses Problems liegt in der Interpretation des Begriffes "Tat" im § 264, da vom Umfange des Urteilsgegenstandes die Verzehrwirkung abhängt.

Die herrschende Meinung hat sich für einen selbständigen verfahrensrechtlichen Tatbegriff entschieden, der nicht mit dem materiellrechtlichen Handlungsbegriff gemäß den §§ 52, 53 StGB identisch ist. Tat im Sinne des § 264 ist danach der vom Eröffnungsbeschluß betroffene Vorgang einschließlich aller damit zusammenhängenden und darauf bezüglichen Vorkommnisse und tatsächlichen Umstände, die geeignet sind, das in diesen Bereich fallende Tun des Beschuldigten unter irgendeinem rechtlichen Gesichtspunkt als strafbar erscheinen zu lassen, also das gesamte Verhalten des Beschuldigten, soweit es mit dem durch den Eröffnungsbeschluß bezeichneten geschichtlichen Vorkommnis nach der Auffassung des Lebens einen einheitlichen Vorgang bildet, ohne Rücksicht darauf, ob sich bei der rechtlichen Beurteilung eine oder mehrere strafbare Hand-

1) Löwe-Rosenberg-Schäfer, Einl. Kap.12 Rdnr.25.

2) K.Peters, S.437 ff.; Henkel, S.387 ff.; weitere Nachweise bei Löwe-Rosenberg-Schäfer, Einl. Kap.12 Rdnrn. 28 ff.

lungen statt oder neben der im Eröffnungsbeschuß bezeichneten Straftat ergeben ¹⁾.

b) Niederschlagung

Diese Prozeßvoraussetzung erfordert, daß die Strafverfolgung nicht durch das hierzu befugte Staatsorgan wegen einer Niederschlagung des Verfahrens im Einzelfall (Abolition) oder bei ganzen Deliktsgruppen (Amnestie) ausgeschlossen sein darf ²⁾.

c) Verjährung

Erforderlich ist, daß die Verfolgung der Straftat in zeitlicher Hinsicht gemäß den §§ 78 ff. StGB noch möglich sein muß, ansonsten ist das Verfahren einzustellen ³⁾.

d) Anklage und Eröffnungsbeschuß

Auch die Erhebung einer zulässigen Klage durch einen zugelassenen Kläger in der vorgeschriebenen Form

1) S.a. BGH 23, 141 (145) m.w.N.; Roxin, S.272.

2) Eb.Schmidt I, Nr.185; Roxin, S.108 und 325 ff.

3) Vgl. Dreher-Tröndle, Vorbem. § 78 Rdnr.4. Der Streit, ob die Verjährung nur dem materiellen Strafrecht (Erlöschen des staatlichen Strafspruchs) oder nur dem Verfahrensrecht (Verfahrenshindernis) angehört, oder ob sie einen Doppelcharakter hat, mithin sowohl materiellrechtliche als auch verfahrensrechtliche Züge aufweist, ist bis heute nicht ausgetragen, der gesetzlichen Regelung entspricht eher die gemischte Theorie. Vgl. Jescheck (3), S.726 f.; Löwe-Rosenberg-Schäfer, Einl. Kap.12 Rdnrn.79 ff. Vgl. in diesem Zusammenhang aber auch die Argumentation unten S.112 f.

(§ 200) ¹⁾, sowie das Vorliegen eines Eröffnungsbeschlusses gemäß § 203, sind als Prozeßvoraussetzungen anerkannt ²⁾.

e) Strafantrag

Der rechtliche Charakter des Strafantragserfordernisses gem. den §§ 77 ff. StGB ist auch prozessualer Art ³⁾. Das Fehlen des Strafantrags führt zur Verfahrenseinstellung, sein Vorhandensein ist in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen, sein Mangel ist, falls möglich, in jeder Lage des Verfahrens durch fristgemäße Nachholung zu beheben ⁴⁾.

3. Die Verfolgbarkeit des Beschuldigten

a) Lebensalter

Der Beschuldigte muß gemäß § 19 StGB bei Begehung der Tat das 14. Lebensjahr vollendet haben. Bei Kindern unter 14 Jahren hat der Gesetzgeber eine unwiderlegliche Vermutung der Schuldunfähigkeit zu einem Verfahrenshindernis ausgestaltet ⁵⁾. Stellt sich heraus, daß das Hauptverfahren versehentlich wegen einer im Kindesalter begangenen Tat eröffnet wurde, so ist es gemäß § 260 Abs. 3 einzustellen, auch wenn der Beschuldigte zwischen-

1) Eb. Schmidt I, Nr. 129.

2) Eb. Schmidt I, Nr. 161.

3) Auch bezüglich des Strafantrages wird, wie bei der Verjährung, eine rein prozessuale, eine gemischt materiell-prozeßrechtliche und eine rein materiellrechtliche Theorie vertreten. Vgl. Jescheck (3), S. 722 u. Fn. 2 m.w.N., sowie unten S. 112 f.

4) BGH 6, 155 (157).

5) H.M., vgl. auch Schönke-Schröder-Lenckner, § 19 Rdnr. 7 m.w.N.

zeitlich 14 Jahre alt geworden ist, da der Zeitpunkt der Tatbegehung entscheidend ist.

b) Die Verhandlungsfähigkeit

Die Verhandlungsfähigkeit des Beschuldigten, d.h. das Vermögen, seine Interessen vernünftig zu vertreten, seine Rechte zu wahren und die Verteidigung in verständlicher und verständiger Weise zu führen ¹⁾, bildet, wenn mit ihrer Wiederherstellung nicht mehr zu rechnen ist, ein Prozeßhindernis. Das Verfahren ist folglich einzustellen, "denn die Anwesenheit eines verhandlungsunfähigen Angeklagten in der Hauptverhandlung gibt ein verzerrtes Bild seiner Persönlichkeit und den nur scheinbaren Eindruck einer umfassenden Verteidigung" ²⁾.

c) Die Zugehörigkeit des Beschuldigten zu einem Gesetzgebungsorgan

Gemäß Art.46 Abs.2 GG darf ein Abgeordneter des Bundestages wegen einer mit Strafe bedrohten Handlung nur mit Genehmigung des Bundestages zur Verantwortung gezogen oder verhaftet werden, es sei denn, daß er bei Begehung der Tat oder im Laufe des folgenden Tages festgenommen wird.

1) Henkel, S.233.

2) BGH, NJW 1975, 885 (887). Auf die damit im Zusammenhang stehende Frage, ob auch die Anwesenheit des Beschuldigten eine von Amts wegen zu beachtende Prozeßvoraussetzung ist, soll hier nicht näher eingegangen werden, da es nur der grundsätzlichen Darstellung der wichtigsten Voraussetzungen bedarf. Dazu verneinend BGH 26, 84; Löwe-Rosenberg-Schäfer, Einl. Kap.12 Rdnrn.105 ff. (107); bejahend Roxin, S.109.

Dieser Genehmigung bedarf gemäß Art.46 Abs.3 GG auch jede andere Beschränkung der persönlichen Freiheit eines Abgeordneten, und nach Art.46 Abs.4 GG ist jedes Strafverfahren gegen einen Abgeordneten auf Verlangen des Bundestages auszusetzen.

Fehlt demnach die erforderliche Genehmigung, oder liegt ein Aussetzungsverlangen vor, so besteht ein zeitlich begrenztes Verfahrenshindernis für die Dauer des Abgeordnetenmandats.

Entsprechende Regelungen für die Abgeordneten der Länderparlamente enthalten die Landesverfassungen, so etwa Art.28 der Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. Dezember 1946 ¹⁾ .

In diesem Zusammenhang bestimmt § 152 a, daß jeder Abgeordnete eines Landes den ihm von der Verfassung seines Landes gewährten Immunitätsschutz auch gegenüber den anderen Ländern der Bundesrepublik und gegenüber dem Bund selbst genießt.

1) Vgl. auch Eb. Schmidt I, Nr. 151 und Fn. 268 .

III. KRITISCHE WÜRDIGUNG DER ANWENDBARKEIT DES FREIBEWEIFES BEI DER FESTSTELLUNG DER PROZESSVORAUSSETZUNGEN

A. Die geminderte Qualität des Freibeweises und ihre Auswirkungen

1. Abwägung der Vor- und Nachteile von Strengbeweis und Freibeweis

Der Hauptanwendungsbereich des Freibeweises findet sich bei der Feststellung der Prozeßvoraussetzungen. Daraus ergeben sich aber auch die besonderen Bedenken und Kritiken an diesem Institut des Beweisrechts.

An dieser Stelle soll zunächst versucht werden, trotz fehlender gesetzlicher Grundlage die Vor- und Nachteile des Freibeweises, wie er von der herrschenden Meinung praktiziert wird, mit denen des Strengbeweises zu vergleichen. Damit verbunden ist die Frage, ob sich evtl. aus dem Ergebnis dieser Abwägung aus Zweckmäßigkeitsgründen eine Bejahung des Freibeweises herleiten läßt.

Die Vertreter des Freibeweises begründen ihre Ansicht in erster Linie mit dem Hinweis auf die Beschleunigung, die Vereinfachung und die Verbilligung des Strafverfahrens im Gegensatz zu der durch Formstarrheit bedingten, erhöhten Umständlichkeit und Kostspieligkeit des Strengbeweisverfahrens. Diese Vorteile werden hauptsächlich im Verzicht auf die Unmittelbarkeit, Mündlichkeit und Öffentlichkeit des Verfahrens gesehen ¹⁾. Zwar hat

1) Vgl. u.a. Löwe-Rosenberg-Schäfer, Einl. Kap.11 Rdnr.14; Alsberg-Nüse, S.476 ff.

das Gericht, auch wenn es freibeweislich vorgeht, das Ergebnis der Beweisaufnahme den Beteiligten zugänglich zu machen und ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, die Beweisaufnahme selbst kann es aber allein vornehmen ¹⁾.

Die Konzentrationsmaxime ist zweifellos eine überaus wichtige Forderung, die im Strafverfahren zu realisieren ist ²⁾, weil sich aus einer zu langen Dauer des Prozesses besonders für den Beschuldigten, aber auch für eine richtige Rechtsfindung, erhebliche Nachteile ergeben können ³⁾. Auch ist eine Vereinfachung sowie eine Verbilligung des Strafverfahrens anzustreben und durchaus begrüßenswert. Der Beschleunigungs-, wie auch der Vereinfachungs- und Verbilligungseffekt aber kann dem Freibeweisverfahren nicht abgesprochen werden, was sich etwa darin zeigt, daß auf eine strenge Beweisaufnahme verzichtet werden kann und es möglich ist, schriftliche oder auch telephonische Auskünfte von Zeugen einzuholen etc.

Dem steht eine gewisse Formstarrheit, Kostspieligkeit und Langwierigkeit sowie ein erhöhter Aufwand und eine stärkere Belastung der Gerichte beim Strengbeweisverfahren entgegen.

Die Zulässigkeit des Freibeweises hängt demnach von der Abwägung der Bedeutung der strengbeweislichen Grund-

1) Alsberg-Nüse, S.478.

2) Roxin, S.78; Geppert, S.142 f.

3) Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Diskussion um ein eventuelles "Prozeßhindernis des überlangen Strafverfahrens", Roxin, S.78 f. m.w.N.

sätze mit diesen Vorteilen des Freibeweisverfahrens ab.

Der Freibeweis soll in einem formlosen Verfahren zum vollen Beweiserfolg führen, er gleicht also im Beweisverfahren der Glaubhaftmachung, im Beweiserfolg dem Strengbeweis. Eben diesen Beweiserfolg aber garantieren die Prinzipien der Öffentlichkeit, der Unmittelbarkeit sowie der Mündlichkeit des Verfahrens, denn sie dienen gerade dazu, jede gesetzlich zulässige Möglichkeit zur Wahrheitsforschung auszuschöpfen und Fehlerquellen auszuschließen ¹⁾. In diesem Sinne äußert sich auch Beling, wenn er darlegt, daß die Gewinnung richtiger Resultate durch das strenge Beweisrecht prozessual besonders garantiert sei, diesen mithin ein größerer Wahrscheinlichkeitswert zukomme ²⁾.

Jede Auflockerung dieser Prinzipien aber führt zu einer oberflächlicheren Durchführung des Beweisverfahrens und damit auch zu einem unzuverlässigeren Ergebnis, und auch die Tatsache, daß die Formlosigkeit einer Beweisaufnahme keine Pflicht, sondern ein Recht des Gerichtes ist, wird daran nichts ändern. Beweiserfolg und Beweisverfahren stehen in einem inneren Zusammenhang, der nicht auseinandergerissen werden darf. Bei der Glaubhaftmachung läßt sich auf diese Prinzipien verzichten, weil in diesem Falle der Nachweis der Wahrscheinlichkeit einer Tatsache ausreicht. Wird aber im

1) Vgl. auch E.Peters, S.104.

2) Beling, Festschrift S.148.

Rahmen einer Tatsachenfeststellung voller Beweis verlangt, so ist es widersprüchlich, dann fast ¹⁾ jede Verfahrensnorm preiszugeben ²⁾.

Auf die strengbeweislichen Grundsätze kann im Strafprozeß nicht ohne eine potentielle Beeinträchtigung der Zuverlässigkeit des Beweisergebnisses und des Rechts der Beteiligten, an der Wahrheitsfindung umfassend mitzuwirken, verzichtet werden. Und gerade das ist der Grund, weshalb die Formstrenge des Beweisverfahrens in der Strafprozeßordnung zum Prinzip erhoben worden ist. In diesem Zusammenhang läßt sich die Aussage von E.Peters ³⁾ unterstreichen, daß die Stärke des Strengbeweises zugleich die Schwäche des Freibeweises ist, welche die nicht zu leugnenden Vorteile des letzteren Beweisverfahrens besonders im Hinblick auf die richtige Rechtsfindung überwiegt.

Die sich aus diesen grundsätzlichen Überlegungen ergebende Frage ist die, ob man sich gerade im Hinblick auf die Prozeßvoraussetzungen der besonderen Qualität des Strengbeweisverfahrens begeben kann, oder ob sich aus der Bedeutung der Verfahrensvoraussetzungen notwendigerweise die Ablehnung des Freibeweisverfahrens ergibt.

2. Die Feststellung der Prozeßvoraussetzungen

a) Die Beweisbedürftigkeit einer Prozeßvoraussetzung

Auszugehen ist von der Situation, daß die Beweisbedürftigkeit einer Prozeßvoraussetzung in der Form

-
- 1) Auf die Bindungen, denen auch das Freibeweisverfahren unterliegt, wurde bereits oben S.10 ff. hingewiesen.
2) Vgl. auch E.Peters, S.105.
3) A.a.O., S.114.

gegeben ist, daß ein Anhaltspunkt für einen Mangel vorliegt, daß sich also die Fragestellung auf das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen einer Verfahrensvoraussetzung zuspitzt. Denn grundsätzlich können die Prozeßvoraussetzungen summarisch geprüft werden. Liegen sie "auf der Hand", so werden sie eben ohne Beweis-tätigkeit konstatiert ¹⁾. Erst wenn sich eine Veranlassung zur genauen Überprüfung auf Grund auftretender Zweifel ergibt, wenn ein greifbarer Anlaß zur Untersuchung besteht ²⁾, stellt sich die Frage nach dem "Wie" der gerichtlichen Nachprüfung. Die Beweisbedürftigkeit ist also Ansatzpunkt für die Beweiserhebung überhaupt ³⁾.

- b) Die Prüfung der Prozeßvoraussetzungen in der Hauptverhandlung nach vorherigen Kontrollmöglichkeiten

Dabei kann sich bereits aus der Tatsache, daß eine Prozeßvoraussetzung in der Hauptverhandlung umstritten ist, die Notwendigkeit eines Vorgehens im Strengbeweisverfahren ergeben.

Bieten nämlich die Ermittlungen keinen genügenden Anlaß zur Erhebung der öffentlichen Klage (§ 170 Abs.1), weil eine Prozeßvoraussetzung nicht gegeben ist, so kann schon die Staatsanwaltschaft gemäß § 170 Abs.2 das

1) Vgl. oben S.36 ff.

2) Volk, S.57.

3) Vgl. schon oben S.36 f. und Fn.2 die Kritik an Beling, der den Eindruck vermittelt, eine "freie Feststellung" sei deshalb nötig, weil ansonsten auch bei der "Beweisunbedürftigkeit" einer das Urteil nicht tragenden, prozessual relevanten Tatsache (etwa Bejahung des Strafantrages) voller Beweis erbracht werden müsse. Beling, Festschrift S.147 Fn.1.

Verfahren einstellen ¹⁾, und auch das Gericht kann gemäß § 204 Abs.1 die Eröffnung des Hauptverfahrens wegen eines Verfahrenshindernisses ablehnen ²⁾. Stellt sich nach der Eröffnung des Hauptverfahrens ein Prozeßhindernis heraus, so kann das Gericht die Einstellung des Verfahrens gemäß § 206 a Abs.1 beschließen.

Es besteht also eine dreifache Kontrollmöglichkeit um zu verhindern, daß Prozeßvoraussetzungen übersehen oder falsch eingeschätzt werden. Daraus läßt sich folgern, daß, wenn die Problematik bezüglich des Vorliegens oder Nichtvorliegens eines Verfahrenshindernisses in der Hauptverhandlung aktuell wird, dies auch an der komplizierten und unklaren Sach- und Rechtslage liegen kann ³⁾. Die Aufklärung einer komplizierteren Situation bedingt aber um so mehr die intensivere und genauere strengbeweisliche Feststellung.

c) Die Schwierigkeit bei der Wahl des Beweisverfahrens

Bei der Wahl des Beweisverfahrens ist zunächst auf die besondere Schwierigkeit hinzuweisen, die aus der Abhängigkeit eines Wahrheitsermittlungssystems von der Funktionalität einer Tatsache resultiert. Denn die

1) Kleinknecht, § 170 Rdnr.6; Eb.Schmidt II, § 170 Erl.18.

2) Kleinknecht, § 204 Rdnr.2.

3) In dieser Richtung auch Eb.Schmidt II, § 206 a Erl.2, der die Anwendung des § 206 a zuläßt, wenn sich der Einstellungsgrund vor der Hauptverhandlung und ohne die in dieser gegebenen Ermittlungsmöglichkeiten endgültig feststellen läßt. Vgl. auch Wroblewski, S.28 Fn.7, der ausführt: "Die Sicherung durch die (Streng-, sc.) Beweisvorschriften wird eben erst da bedeutsam, wo der Sachverhalt zweifelhaft ist".

Funktionalität steht oft nicht von vornherein fest, da sich das Ergebnis der Beweisaufnahme nicht vorhersehen läßt.

Zwar wird bezüglich der doppelrelevanten Tatsachen die Anwendung des Strengbeweises verlangt ¹⁾, hingegen kehren die Vertreter der differenzierenden Betrachtungsweise ²⁾ ebenfalls wieder zur genaueren funktionellen Einordnung der Tatsachen zurück und wollen die Art der Beweisaufnahme von der funktionellen Gewichtung einer Tatsache abhängig machen. Deshalb soll eine solche freibeweislich feststellbar sein, wenn sie für die Sachentscheidung eine mehr beiläufige Bedeutung hat, aber für eine Prozeßvoraussetzung das entscheidende Gewicht besitzt ³⁾.

Diese Beurteilung ist aber oft erst ex post und nicht von vornherein möglich. Außerdem erscheint gerade die Qualifizierung einer Tatsache im Hinblick auf ihre Funktionalität oft recht fragwürdig und willkürlich ⁴⁾.

Deshalb stellt sich die Frage, ob die beweisrechtliche Erfassung der Prozeßvoraussetzungen nicht von einem anderen Ansatzpunkt erfolgen muß.

1) Vgl. oben S.13 f.

2) Vgl. oben S.14.

3) Willms, S.408.

4) Vgl. oben S.49 ff., besonders im Hinblick auf die Kritik am Vorgehen des Bundesgerichtshofs (BGH 16, 164 ff.), der Entscheidung zu § 136 a lediglich prozessuale Bedeutung beizumessen.

d) Die Bedeutung der Entscheidung über eine Prozeßvoraussetzung

Ein gewichtiger Grund, die Überprüfung von Verfahrensvoraussetzungen nur im Strengbeweisverfahren zuzulassen, ergibt sich daraus, daß die Anwendung des unzuverlässigeren Freibeweises in keinem Verhältnis zur Bedeutung der Entscheidung über eine Prozeßvoraussetzung steht.

Zunächst ist hier die Interessenlage des Beschuldigten zu berücksichtigen. Primär wichtig für ihn ist die Tatsache, daß er nicht bestraft wird, sei es durch Einstellung des Verfahrens oder durch Freispruch. Die genaue Klärung einer Verfahrensfrage kann also für ihn ebenso bedeutsam sein wie beim Sachurteil die Beweiserhebung über die zur Schuld- und Straffrage zählenden Tatsachen.

Die in diesem Zusammenhang von v.Weber begründete "Interessentheorie" vermag wenig zu überzeugen, da sie einseitig orientiert ist. Er rechtfertigt die Anwendung des Freibeweises bezüglich der Prozeßvoraussetzungen damit, daß das Interesse des Staates in Frage steht, "daß die Gerichte des Staates nur zu den Zwecken und in den Grenzen in Anspruch genommen werden, welche die Gesetze vorschreiben" ¹⁾. Das Interesse des Beschuldigten besonders an der Feststellung von Prozeßhindernissen berücksichtigt v.Weber nicht.

Erst wenn die Möglichkeit eines Freispruches neben dem Mangel einer Prozeßvoraussetzung gegeben ist, kann eine Einstellung des Verfahrens im Einzelfall zu Unbilligkeiten führen.

1) Vgl. v.Weber, S.91 ff. (97).

So kann etwa bei einer Amnestie die Niederschlagung des anhängigen Strafverfahrens trotz eines möglichen, entscheidungsreifen Freispruchs dem Beschuldigten die Chance nehmen, gerade durch den Freispruch nachhaltig vom Verdacht der Begehung einer Straftat gereinigt zu werden ¹⁾. Dem trägt die neuere Amnestiegesetzgebung Rechnung ²⁾, indem sie das Verfahrenshindernis hinter der Pflicht zur Justizgewährung zurücktreten läßt, und dem seine Unschuld geltend machenden Beschuldigten das Recht zugesteht, die Fortsetzung des Verfahrens zu beantragen ³⁾. Hinzu kommt, daß die Pflicht des Gerichtes, sich beim Vorliegen des Prozeßhindernisses der Niederschlagung einer Sachentscheidung zu enthalten, für die Fälle durch die Rechtsprechung weitgehend aufgehoben ist, in denen die Voraussetzungen eines Freispruchs nach dem bisherigen Ergebnis der Sachverhaltsaufklärung bereits vorliegen ⁴⁾. Ist eine Sache erst einmal freispruchreif, so ist es dem Gericht verwehrt, einem gebotenen Freispruch durch eine Verfahrenseinstellung auf Grund eines Straffreiheitsgesetzes aus dem Wege zu gehen. Denn sonst würden Sinn und Zweck des Straffreiheitsgesetzes dadurch ins Gegenteil verkehrt, daß sich eine zugunsten des Beschuldigten gedachte Anordnung im Ergebnis zu seinen Ungunsten auswirkt ⁵⁾. Fraglich

1) Vgl. Eb.Schmidt I, Nr.195.

2) Löwe-Rosenberg-Schäfer, Einl. Kap.11 Rdnr.53 m.w.N.

3) Vgl. auch § 9 des Gesetzes über Straffreiheit (Straffreiheitsgesetz 1968) vom 9.Juli 1968, BGBl.I (1968), S.773 (774 f.); § 11 des Gesetzes über Straffreiheit (Straffreiheitsgesetz 1970) vom 20.Mai 1970, BGBl.I (1970), S.509 (510).

4) BGH 13, 268, im Anschluß an RG 70, 193 ff.

5) Vgl. auch Eb.Schmidt I, Nr.185 Fn.326.

ist, ob dieser Gedanke, nämlich Freispruch trotz fehlender Prozeßvoraussetzung, auch bei anderen Prozeßhindernissen, namentlich der Verjährung, anzuwenden ist ¹⁾. Darüber hinaus wird die Überlegung diskutiert, diese Regelung dahin zu erweitern, daß das Verfahren trotz des Feststehens eines Verfahrenshindernisses auch dann fortgesetzt werden darf, " wenn die Möglichkeit eines Freispruchs sehr naheliegt und die noch erforderliche vollständige Sachaufklärung mit präsenten Beweismitteln und ohne nennenswerte Verzögerung erreichbar ist" ²⁾ .

Möglich ist auch eine Konkurrenz mehrerer Prozeßhindernisse, so etwa, wenn der erforderliche Strafantrag nicht vorliegt, und die Straftat überdies verjährt ist. Da die Prozeßvoraussetzungen grundsätzlich gleichwertig sind, ist es unerheblich, ob eine Einstellung wegen der einen mangelnden Prozeßvoraussetzung oder dem anderen Prozeßhindernis oder aus beiden Gründen erfolgt, wenn beide Verfahrenshindernisse geprüft sind. Ein Rangverhältnis besteht nur beim Zusammentreffen der Niederschlagung wegen eines Straffreiheitsgesetzes mit anderen Prozeßhindernissen. In einem solchen Fall haben diese anderen Verfahrenshindernisse den Vorrang, weil die Einstellung wegen einer Amnestie in den Augen der Öffentlichkeit für den Beschuldigten weniger entlastend wirkt als beispielsweise ein Prozeßurteil wegen der Verjährung der

1) Zustimmend Löwe-Rosenberg-Schäfer, Einl. Kap. 11 Rdnr. 54. Vgl. auch BGH 20, 333 (335) bezüglich einer Verneinung des öffentlichen Interesses im Sinne des § 82 Abs. 5 GWB (a.F.) und OLG Celle, NJW 1968, 2119 f.

2) So Löwe-Rosenberg-Schäfer, Einl. Kap. 11 Rdnr. 54; Hillenkamp, JR 1975, 133 (140) .

Straftat ¹⁾.

Die Forderung nach einer nur im Strengbeweisverfahren zu ermöglichenden Genauigkeit und Gründlichkeit der Beweiserhebungen bestätigt indes nicht nur die Interessenlage des Beschuldigten, sondern auch der Sinn staatlichen Strafens. Denn die Situation ist ebenso unhaltbar aus der Sicht des Beschuldigten, wenn ein Gericht mittels eines Beweisverfahrens minderer Qualität unrichtigerweise zu einer den Prozeß nicht einstellenden Bejahung einer Prozeßvoraussetzung gelangt, wie aus der Perspektive richtigen staatlichen Strafens, wenn fälschlicherweise ein Prozeßhindernis angenommen und deshalb das Verfahren eingestellt wird. Hier die Hinnahme einer unrichtigen Entscheidung eher zu bejahen als bei der Straf- und Schuldfrage, würde in der Tat zu einer inadäquaten Überschätzung des ethischen Gehalts des Strafrechts gegenüber der konkreten staatlichen Ordnung führen, würde die Zweckgebundenheit staatlichen Strafens unterlaufen ²⁾.

e) Die Rechtskraft des Prozeßurteils

Besonders aber der Tatsache einer möglichen Endgültigkeit eines Einstellungsurteils wird die mindere Qualität des Freibeweises nicht gerecht.

Denn der formellen und materiellen Rechtskraft sind auch Prozeßurteile gemäß § 260 Abs.3 fähig, wenn sie ein endgültiges Verfahrenshindernis feststellen, welches

1) Vgl. dazu Löwe-Rosenberg-Schäfer, Einl. Kap.11 Rdnr.35 m.w.N.

2) So schon Wroblewski, S.27 f.

jedem weiteren Verfahren entgegensteht. Solchen Einstellungsurteilen ist eine volle und auch durch neue Tatsachen nicht zu beseitigende Sperrwirkung beizulegen. Das ist z.B. der Fall, wenn eine Straftat verjährt ist oder ein Verfahren mangels eines nicht mehr nachholbaren Strafantrages eingestellt wird ¹⁾.

Und auch andere Prozeßurteile können eine Sperrwirkung für ein weiteres Verfahren entfalten, wobei diese dann soweit geht, wie der Inhalt der Verfahrensentscheidung reicht. Wird ein Verfahren wegen des Mangels eines Strafantrages eingestellt, ist dieser aber noch nachholbar, so kann der Prozeß ohne einen Antrag nicht mehr in Gang gebracht werden. Wird hingegen der Antrag gestellt, so steht das der Durchführung des Verfahrens nicht entgegen. Ebenso verhält es sich bei einer Einstellung des Verfahrens wegen örtlicher und auch sachlicher Unzuständigkeit des Gerichts. Bei diesem Gericht wäre jetzt ein neues Verfahren unzulässig, weil sonst die Feststellung der Unzuständigkeit als unrichtig beiseite geschoben werden müßte, um die Zulässigkeit bejahen zu können ²⁾. Ein Prozeß vor dem zuständigen Gericht aber wird dadurch nicht ausgeschlossen ³⁾.

1) Löwe-Rosenberg-Schäfer, Einl. Kap.12 Rdnr.38; Roxin, S.269 ff. (274); K.Peters, S.448 f.; Henkel, S.390 f.; a.A. Kleinknecht, Einl. Rdnr.169. Von einer Auseinandersetzung mit den zur materiellen Rechtskraft entwickelten Theorien kann an dieser Stelle abgesehen werden, vgl. dazu Eb.Schmidt I, Nr.272 ff.; Löwe-Rosenberg-Schäfer, Einl. Kap.12 Rdnrn.53 ff.

2) Beling, Lehrbuch S.271.

3) BGH 18, 1 (5 f.).

Entscheidend ist, daß auch Prozeßurteilen eine entweder partiell oder in toto endgültig klärende Funktion zukommt. Das aber bedingt ganz besonders eine umfassende und optimale Wahrheitserforschung der diesen Einstellungsurteilen zugrunde liegenden Tatsachen. Die erforderliche Qualität der Beweisergebnisse wird aber gerade durch das Strengbeweisverfahren garantiert, auf das bei der Beweisbedürftigkeit einer Prozeßvoraussetzung nicht verzichtet werden kann.

In diesem Sinne äußert sich auch Beling, wenn er das Strengbeweisverfahren für die prozeßrelevanten Tatsachen fordert, die einem Urteilssyllogismus als Untersätze einverleibt werden ¹⁾, da sie dann zu gleichem Wert mit den materiell erheblichen Tatsachen aufrücken. Auch er erkennt die besondere Bedeutung des Urteils an ²⁾, hingegen ist sein Lösungsvorschlag in gesteigertem Maße unter dem Gesichtspunkt mangelnder praktischer Anwendbarkeit zu kritisieren. Denn ergibt sich die Beweisbedürftigkeit einer Prozeßvoraussetzung, so ist es nicht möglich, das Ergebnis der Beweisaufnahme vorausehen, um davon die Art des Beweisverfahrens abhängig zu machen ³⁾. Hingegen wird man Belings Überlegungen dahingehend erweitern müssen, daß immer dann, wenn eine Prozeßvoraussetzung in Frage steht, eine Beweiserhebung darüber im Strengbeweis zu erfolgen hat ⁴⁾, und zwar

1) Siehe oben S.33 ff.

2) Vgl. Beling, Festschrift S.154.

3) So aber Beling, Festschrift S.154 Fn.2.

4) Vgl. in diesem Zusammenhang auch die kritische Würdigung der Argumentation von Beling, oben S.36 ff. In dem hier geäußerten Sinne auch Hegler I, S.399 ff. Fn.1.

besonders deshalb, weil die Prozeßvoraussetzungen eben nicht weniger wichtig sind als die materiell erheblichen Tatsachen¹⁾.

1) S.a. Volk, S.63. Diese Forderung entspricht auch der unverkennbaren Tendenz in der zivilprozessualen Literatur, besonders bei der gleichgelagerten Problematik der Feststellung der Prozeßvoraussetzungen nicht den Freibeweis, sondern nur das Strengbeweisverfahren zuzulassen. Vgl. Thomas-Putzo, Vorbem. § 284 Anm.3c; Grunsky, S.438 ff.; Rosenberg-Schwab, S.609; Stein-Jonas, Vorbem. § 355 Anm.III 2 m.w.N.; zu undifferenziert Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, Einf. vor § 284 Anm.2 B. Begründet wird diese Ansicht hauptsächlich mit der weittragenden Bedeutung der Entscheidung über eine Prozeßvoraussetzung, verbunden mit der Einsicht, daß die Prozeßvoraussetzungen den materiell erheblichen Tatsachen an Wichtigkeit nicht nachstehen.Vgl. dazu auch E.Peters, S.61 ff., der insbesondere den Nachweis erbringt (S.72 ff.), daß die Unterscheidung zwischen Strengbeweis und Freibeweis nicht darauf zurückzuführen ist, ob die jeweils erhebliche Tatsache nach den Grundsätzen der Verhandlungs- oder Untersuchungsmaxime festzustellen ist.

B. Eine Analyse der gestaffelten Relevanz von Tatsachen

Zwar ist, wie oben bereits dargelegt, die Bestimmung der Funktionalität einer Tatsache zum Zwecke der Wahl des Beweisverfahrens oft nicht einfach, hingegen läßt sich der Gedanke der Funktionalität in einem anderen Zusammenhang fruchtbar machen, der ebenfalls auf eine enge Verbindung zwischen Strengbeweisverfahren und Prozeßvoraussetzungen hindeutet.

Bei einer kritischen Betrachtung der Prozeßvoraussetzungen ist nämlich festzustellen, daß zwischen ihnen und dem Prozeßgegenstand unterschiedliche Verbindungen und Abhängigkeiten bestehen, und zwar in dem Sinne, daß teilweise über das Vorliegen einer Verfahrensvoraussetzung nichts gesagt werden kann, ohne daß man sich Gedanken über den Prozeßgegenstand gemacht hat. Bei manchen Prozeßvoraussetzungen reicht dabei die Erfassung eines unwesentlichen Teilaspektes der Straftat aus, bei anderen wiederum sind zu ihrer Bejahung detaillierte materiellrechtliche Erwägungen notwendig.

Bei der Erörterung der Frage, ob das Gericht gemäß § 7 örtlich zuständig ist, bedarf es nur der Feststellung, ob die abzuurteilende Straftat in dessen Bezirk begangen worden ist. Bis auf die Klärung des Begehungsortes der strafbaren Handlung ist zur materiellen Straftat an sich zu diesem Zeitpunkt noch keine genauere Stellungnahme notwendig. Auch für die gemäß § 24 Abs.1 Nr.2 GVG erforderliche überschlägige Prognoseentscheidung ¹⁾,

1) Kleinknecht, § 24 Rdnr.3.

ob bei einer Straftat nicht mehr als drei Jahre Freiheitsstrafe zu erwarten sind, was die sachliche Zuständigkeit des Amtsgerichts begründet, reicht eine globale Einschätzung des Sachverhaltes aus. Materiellrechtliche Erwägungen können hier fast außer acht gelassen werden.

Anders hingegen sieht es beispielsweise bei der Prozeßvoraussetzung des Vorliegens eines notwendigen Strafantrages oder ganz besonders bei der Frage der Unberührtheit der Sache aus. Tauchen diesbezüglich in der Hauptverhandlung Zweifel und Fragen auf, so kann man nicht umhin, vor der Bejahung einer solchen Prozeßvoraussetzung eine eingehende rechtliche Würdigung der Tat zumindest in objektiver Hinsicht vorzunehmen.

Hat sich das Gericht etwa mit einer Körperverletzung zu beschäftigen, und ist die Frage offen, ob ein Strafantrag nach § 232 StGB erforderlich ist, so hängt die Beantwortung davon ab, welcher Tatbestand verwirklicht worden ist. So verlangt beispielsweise nur die vorsätzliche Körperverletzung nach § 223 StGB das Vorliegen eines Antrages des Verletzten gemäß § 77 StGB, nicht aber die gefährliche Körperverletzung nach § 223 a StGB oder etwa die schwere Körperverletzung nach § 224 StGB. Die Bejahung der Notwendigkeit eines Strafantrages setzt demnach die genaue, objektive strafrechtliche Erfassung der Tat voraus. Die Modalitäten der Straftat, ob die Körperverletzung etwa mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung begangen worden ist oder nicht, sind genau zu bestimmen.

Besonders deutlich zeigt sich die Notwendigkeit des eben geschilderten Vorgehens bei der Frage, ob der in der anstehenden Hauptverhandlung zu klärende Sachver-

halt bereits anderweitig rechtshängig oder schon rechtskräftig entschieden ist. Die Klärung dieses Problems bedingt die exakte Prüfung und genaue Feststellung, ob diese spezielle Tat dieses Täters noch unberührt ist. Dabei ist es nicht mit einer globalen Erfassung der Straftat getan, das Gericht hat eine mögliche Identität von Sachverhalt und Person genauestens zu untersuchen. Hier zeigt sich die Besonderheit, daß die sachlich-rechtliche Würdigung des Sachverhalts eine unentbehrliche Voraussetzung für eine Prozeßvoraussetzung sein kann, die Frage danach läßt sich erst bei einer rechtlich zutreffenden Einordnung der Tat beantworten.

Stellt man in diesen Fällen auf die Funktionalität einer Tatsache ab, so läßt sich folgende Differenzierung vornehmen: Um eine Prozeßvoraussetzung bejahen zu können, muß zunächst einmal die Straftat erfaßt werden, indem die materiellrechtlichen Tatsachen unter einen Straftatbestand subsumiert werden. Die materielle Tatsache ist also doppelt relevant mit der Besonderheit, daß diese Doppelrelevanz hintereinandergelagert bzw. gestaffelt ist. Die Tatsache wird zunächst unmittelbar erheblich für einen strafrechtlichen Tatbestand, was weiterhin die notwendige Voraussetzung für die Bejahung einer Prozeßvoraussetzung darstellt. Deshalb läßt sich hier von der "gestaffelten Doppelrelevanz" einer Tatsache sprechen.

Daß diese Möglichkeit der doppelten, hintereinandergelagerten Relevanz einer Tatsache nicht nur theoretisch und konstruiert ist, sondern ebenfalls in der Praxis

vorkommt, bestätigen Literatur ¹⁾ und Rechtsprechung ²⁾. Ausgangspunkt ist die Überlegung, inwieweit es auch hinsichtlich der Bejahung einer Prozeßvoraussetzung notwendig ist, den unter Anklage gestellten Sachverhalt aufzuklären, bzw. wann das Gericht diese Klärung beenden darf.

Dabei soll es wegen der Mannigfaltigkeit und Unterschiedlichkeit der einzelnen Verfahrensvoraussetzungen und -hindernisse ganz von der Art des Hindernisses abhängen, wieweit die Hauptverhandlung im einzelnen durchzuführen ist ³⁾.

Das Reichsgericht ⁴⁾ äußert sich in dem Sinne, daß das Gericht die Hauptverhandlung nicht bis zu einer vollständigen Klärung des Sachverhaltes durchzuführen habe, sondern diese abbrechen dürfe und müsse, sobald sich übersehen lasse, daß etwa die Voraussetzungen der Straffreiheit vorlägen. Hingegen könne es Fälle geben, "in denen es nötig ist, die Hauptverhandlung vollständig durchzuführen, um prüfen zu können, ob das StraffreiheitsG. anwendbar ist, in denen dann also der Sachverhalt zur Schuldfrage nach der äußeren und nach der inneren Tatseite ganz aufgeklärt wird" ⁵⁾.

1) Vgl. etwa Löwe-Rosenberg-Schäfer, Einl. Kap.12 Rdnr.90.

2) RG 70, 193 (194); BGH 2, 385 f.

3) Löwe-Rosenberg-Gollwitzer, § 267 Rdnr.122.

4) RG 69, 157 (159).

5) RG 70, 193 (194).

Eine Klärung des Sachverhaltes in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht wird auch dann sehr gründlich und vollständig geschehen müssen, "wenn die vom Eröffnungsbeschluß erfaßte Tat nicht unter die Amnestie fällt, das Gericht aber auf Grund der Hauptverhandlung zur Annahme eines der Amnestie unterliegenden, milder zu beurteilenden Sachverhaltes gelangt" ¹⁾.

Diese Hinweise und Beispiele beziehen sich aber allesamt auf Situationen, in denen die "gestaffelte Doppelrelevanz" einer Tatsache gegeben ist.

Hinsichtlich des für solche Tatsachen anzuwendenden Beweisverfahrens aber finden sich unterschiedliche und teilweise ungenaue Stellungnahmen. In der Entscheidung RG 69, 157 (159) heißt es, daß das Revisionsgericht bei den besonderen Merkmalen, die das Straffreiheitsgesetz aufstelle, das Recht und die Pflicht selbständiger Prüfung und Ermittlung habe. Hingegen sei es bei Beurteilung der Tat selbst an die Feststellungen gebunden, die der Tatrichter hierzu getroffen habe. Das deutet auf die strengbeweisliche Ermittlung dieser Tatsachen auch in ihrer Auswirkung auf eine Prozeßvoraussetzung. Es fehlt aber eine fundierte und eindeutige Einteilung solcher Tatsachen unter funktionellen Gesichtspunkten gerade im Hinblick auf die weiterreichende Bedeutung als unerläßliche Bedingung einer Prozeßvoraussetzung.

Der Bundesgerichtshof ²⁾ verneint in einem ähnlich gelagerten Fall eine Bindung des Revisionsgerichts und eröffnet diesem auch die Nachprüfung der sachlich-rechtli-

1) Eb.Schmidt II, § 267 Erl.38.

2) BGH 2, 385 f.

chen Würdigung, wenn ohne eine solche über eine Prozeßvoraussetzung nichts ausgesagt werden könne. Das wiederum legt für solche Konstellationen die Annahme der generellen Anwendbarkeit des Freibeweises nahe.

Unter dem Aspekt des Umfanges der Beweisaufnahme bei einer Einstellung des Verfahrens äußern sich Löwe-Rosenberg-Gollwitzer ¹⁾ bezüglich des "Wie", also der Art der Beweisaufnahme, dahingehend, daß zunächst die gerichtliche Prüfung der Akten für die Feststellung ausreiche, ob die Beweisaufnahme eine veränderte Würdigung der Tat im Gegensatz zur Würdigung des Sachverhaltes im Eröffnungsbeschluß zur Folge haben werde. Hingegen greife § 245 ein, wenn und soweit sich die Beweismittel auf Tatsachen bezögen, auf die es bei der Entscheidung der Vorfrage ankomme. Damit wird hier die Anwendbarkeit einer Vorschrift aus dem Bereiche des Strengbeweisverfahrens bejaht, bezüglich einer generellen Anwendung dieses Wahrheitsermittlungssystems findet sich aber keine Aussage.

Den Strengbeweis verlangen Alsberg-Nüse ²⁾ bei der Untersuchung, "ob auf die Tat des Angeklagten eine Strafbestimmung zur Anwendung gelangt, die die Stellung eines Strafantrages voraussetzt, ..., weil diese Frage mit der anderen zusammenfällt, welche durch ein Strafgesetz verpönte Handlung der Angeklagte begangen hat".

1) A.a.O., § 260 Rdnr.113.

2) A.a.O., S.468, aber im Hinblick auf die Fn.30 a zu undifferenziert.

Diese gesondert gelagerte Funktionalität einer Tatsache in ihrer gestaffelten Bedeutung primär für das materielle Recht als notwendige Voraussetzung einer Prozeßvoraussetzung läßt sich mit den herkömmlichen Einteilungen nur schwerlich fassen.

Ausgehend von der Grundüberlegung, daß materiell erhebliche Tatsachen strengbeweislich festzustellen sind, für prozeßrelevante Tatsachen hingegen das Freibeweisverfahren anwendbar ist, liegt eine Entscheidung zugunsten des Strengbeweisverfahrens nahe, indes berücksichtigt diese Unterscheidung nicht die weitergehende prozessuale Bedeutung einer solchen Tatsache. Auch die Theorie von der Doppelrelevanz erfaßt die Tatsachen unter dem Aspekt der gleichweit reichenden Funktion, also sowohl in materiellrechtlicher als auch prozessualer Hinsicht, ohne die gestaffelte Reichweite sauber genug erfassen zu können. Letztendlich ist auch die dazu vertretene differenzierende Betrachtungsweise ¹⁾, die ebenfalls nicht die hintereinandergelagerte Relevanz erfaßt, wegen der anders gearteten Funktionalitätsbeziehung nicht geeignet, diese Konstruktion genau einordnen zu können.

Der Grund dafür, daß diese Sicht der gestaffelten Funktionalität einer Tatsache verwirrt, ist darin zu finden, daß in einem Strafverfahren eigentlich zunächst die Prozeßvoraussetzungen zu klären sind, und das Gericht erst anschließend in die materiellrechtliche Würdigung der Tat eintreten soll. Das fordert die Logik des Rechtsganges ²⁾.

1) Vgl. Willms, S.408.

2) So auch Eb.Schmidt I, Nr.200.

Dem ist zwar grundsätzlich zuzustimmen, hingegen stellt auch die Logik des Rechtsganges kein starres Prinzip dar, sondern ist gegebenenfalls den Umständen des Einzelfalles anzupassen ¹⁾. Bei näherer Betrachtung und Analyse der Prozeßvoraussetzungen kommt man zu dem Ergebnis, daß sich bei einigen von ihnen aus logischen Gründen diese Logik des Rechtsganges geradezu ins Gegenteil verkehrt, wenn sich nämlich ohne eine Entscheidung hinsichtlich der materiellen Rechtslage zu einer Prozeßvoraussetzung nichts sagen läßt.

Ist der Fall einer so gelagerten Funktionalität einer Tatsache gegeben, indem sie in ihrer materiellrechtlichen Bedeutung untrennbar mit einer Prozeßvoraussetzung zusammenhängt, ist sie ausschließlich im Strengbeweisverfahren festzustellen. Ließe man nämlich das Freibeweisverfahren zu mit dem Ergebnis, daß dann eine Prozeßvoraussetzung zu bejahen ist, so wären alle Feststellungen über materiell relevante Tatsachen später nochmals im Wege des Strengbeweisverfahrens zu erhärten ²⁾, was aber gerade zu einer unnötigen Komplizierung und Verschleppung des Verfahrens führen würde. Wird hingegen nach einer freibeweislichen Feststellung eine Prozeßvoraussetzung verneint und deshalb das Verfahren eingestellt, können sich besonders aus der minderen Qualität des Freibeweises untragbare Konsequenzen ergeben ³⁾.

1) Vgl. in diesem Zusammenhang Jagusch, NJW 1962, 1417 ff. und Eb.Schmidt, Anm. zu BGH, JR 1962, 387, (387 f.).

2) Vgl. auch oben S.14. Gerade diese Notwendigkeit aber zeigt deutlich, daß von der minderen Qualität des Freibeweisverfahrens ausgegangen werden muß.

3) Vgl. oben S.97 ff.

C. Das Rückwirkungsverbot und die Prozeßvoraussetzungen

Für die Anwendbarkeit des Strengbeweisverfahrens bei der Feststellung der Prozeßvoraussetzungen läßt sich noch ein weiteres Argument heranziehen.

Ansatzpunkt ist der Gedanke, daß das Rückwirkungsverbot heute zunehmend auch auf manche Prozeßvoraussetzungen angewendet wird ¹⁾, sie also diesbezüglich den Tatbestandsmerkmalen gleichgestellt werden. Das gilt zumindest in dem Umfang, in welchem den Verfahrensvoraussetzungen Strafwürdigkeits- oder Strafbedürfniserwägungen zugrunde liegen ²⁾, was etwa beim Strafantrag ³⁾ und bei der Verjährung anzunehmen ist ⁴⁾.

1) Vgl. Jescheck (3), S.727 m.w.N.

2) Schönke-Schröder-Eser, § 2 Rdnr.8.

3) Vgl. u.a. SK (Rudolphi), Vorbem. § 77 Rdnr.8.

4) Gerade hinsichtlich der Verjährung kann eine umfassende Darstellung aller zu dieser Rückwirkungsproblematik entwickelten Überlegungen an dieser Stelle nicht vorgenommen werden. Als Beispiele seien hier deshalb nur Baumann und Grünwald erwähnt. Baumann, S.123 f., fordert bezüglich des Rückwirkungsverbotes eine Gleichstellung aller zur Verurteilung führenden Tatsachen und will lediglich Fragen des Verfahrensaufbaus und der Art der Verfahrensdurchführung davon freistellen. Auch Grünwald (MDR), S.521 ff., der die Prozeßvoraussetzungen als eine dritte Gruppe neben dem materiellen Recht und dem Prozeßrecht ansieht, bejaht das Rückwirkungsverbot für die Verfahrensvoraussetzungen. Ausgenommen davon seien nur die Regelungen, welche die Verfahrensgestaltung betreffen, nicht hingegen die Bestimmungen über Prozeßvoraussetzungen, die sich nicht auf das "Wie" der Strafverfolgung bezögen, sondern die Bestrafung ausschlossen. Das gelte, so Grünwald (JZ), S.771, auch für die Verhandlungsunfähigkeit, die ebenfalls als Prozeßhindernis anerkannt sei.

Die Regelung über die Verjährung z.B. ist nämlich nicht nur wegen des prozessualen Anliegens eingeführt worden, den mit der Zeit sich verstärkenden Beweisschwierigkeiten gerecht zu werden und möglichen Fehlurteilen vorzubeugen. Sie betrifft auch den materiellen Strafwürdigkeitsgehalt der Tat insofern, als daß damit dem Erlöschen des Strafbedürfnisses der Allgemeinheit und somit auch des staatlichen Strafanspruchs entsprochen werden soll ¹⁾.

Entscheidet man sich aber für das Rückwirkungsverbot, weil der Verjährung - wie anderen Prozeßvoraussetzungen auch - sowohl materiellrechtliche als auch prozessuale Gesichtspunkte zugrunde liegen, so ist es naheliegend und konsequent, diese Gleichstellung einer Verfahrensvoraussetzung mit den Tatbestandsmerkmalen auch im Beweisrecht vorzunehmen.

Deshalb ist auch von diesem Gesichtspunkt aus zu fordern, zumindest für Prozeßvoraussetzungen mit ambivalentem Charakter nicht den Freibeweis, sondern nur das Strengbeweisverfahren zuzulassen.

1) Vgl. u.a. Jescheck (2), S.110 f. m.w.N. Diese Auffassung ist umstritten, vgl. Jescheck (3), S.726 f. Es spricht aber überzeugend für die gemischte Verjährungstheorie, daß gem. § 78 Abs.2 StGB der Völkermord nicht verjährt, sowie die Abstufung der Fristen nach der Schwere des Delikts gem. § 78 Abs.3 StGB. Diese Verjährungsbestimmungen lassen sich eben nur materiellrechtlich erklären.

IV. ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE

In der Strafprozeßordnung ist der Freibeweis nicht geregelt, und alle Versuche, ihn aus Normzusammenhängen ableiten zu wollen, sind ungenau und widerlegbar.

Gegen die Annahme der Zulässigkeit des Freibeweises spricht nicht zuletzt die Eindeutigkeit, mit der sich der Gesetzgeber sowohl für den Strengbeweis als auch für die Glaubhaftmachung ausgesprochen hat.

Will man daraus nicht die Konsequenz der Unzulässigkeit des Freibeweises ziehen, weil er *de lege lata* nicht normiert ist, so gebietet dieser Ausgangspunkt doch eine äußerste Zurückhaltung hinsichtlich seiner grundsätzlichen Bejahung und seiner konkreten Anwendungsmöglichkeiten. Mit dem gleichen Selbstverständnis, wie es bei den gesetzlich vorgesehenen Beweisverfahren möglich ist, kann vom Freibeweis nicht ausgegangen werden. Es sind deshalb besondere Gründe zu suchen, die evtl. die Anwendbarkeit des Freibeweises im Hinblick auf gewisse Vorteile zumindest als zweckmäßig erscheinen lassen.

Da aber eine Untersuchung des Freibeweises in all seinen potentiellen Verwendungsmöglichkeiten in dieser Arbeit nicht vorgenommen werden kann, sollen sich die Überlegungen auf seinen Hauptanwendungsbereich, nämlich die Feststellung der Prozeßvoraussetzungen in der tatrichterlichen Instanz beschränken.

Eine Analyse dieses Beweisverfahrens zeigt, daß es für den Strafprozeß gewisse Vorteile bringt, die sich besonders in einer Vereinfachung, einer schnelleren Durchführbarkeit und einer Kostenreduzierung des Strafprozesses niederschlagen. Im Gegensatz dazu ist das Strengbeweisverfahren eher komplizierter, langsamer und teurer.

Hingegen erlaubt dieses Ergebnis nicht die voreilige Übernahme des Freibeweises bei der Feststellung der Prozeßvoraussetzungen. Denn gerade die Einhaltung der strengbeweislichen Grundsätze ermöglicht eine Qualität des Beweiserfolges, die mit dem formlosen freibeweislichen Vorgehen nicht erreicht werden kann. Zwar muß auch beim Freibeweis die Wahrheit in vollem Umfange ermittelt werden, genau das aber zeigt den Widerspruch, der sich aus der Trennung zwischen Beweisverfahren und Beweiserfolg ergibt.

Besonders im Hinblick auf die Feststellung der Prozeßvoraussetzungen kann auf die Güte der durch das strenge Beweisrecht garantierten Ergebnisse nicht verzichtet werden.

Auszugehen ist von der Beweisbedürftigkeit einer Prozeßvoraussetzung. Bereits diese sich in der Hauptverhandlung ergebende Notwendigkeit kann die Anwendung des Strengbeweisverfahrens erforderlich machen. Schon vorher bestehen die drei Kontrollmöglichkeiten gemäß den §§ 170 Abs.2, 204 Abs.1 und 206 a Abs.1, welche den Eintritt in eine Hauptverhandlung wegen des Fehlens einer Prozeßvoraussetzung verhindern können. Ergibt sich dieses Problem

aber erst in der Hauptverhandlung, kann dies auch an der komplizierten Situation liegen, die um so mehr der genauen strengbeweislichen Klärung bedarf.

Bei einer Beweiserhebung soll die Entscheidung über die Art des Beweisverfahrens von der Klassifizierung einer Tatsache je nach ihrer materiellrechtlichen oder prozessualen Bedeutung abhängig gemacht werden. Abgesehen von der oft recht fragwürdigen Qualifizierung einer Tatsache ohne die Berücksichtigung weiterreichender Konsequenzen, ist eine Grenzziehung von vornherein vielfach gar nicht möglich, so daß sich bereits von daher Bedenken gegen die Bejahung des Freibeweises ergeben.

Diese werden erhärtet durch die Bedeutung, die die Entscheidung über eine Prozeßvoraussetzung hat. Besonders deutlich zeigt sich dies an der Möglichkeit eines Prozeßurteils gemäß § 260 Abs.3, dem eine völlige oder teilweise formelle wie auch materielle Rechtskraft zukommt. Die Endgültigkeit dieser Entscheidung erfordert erst recht die nur im Strengbeweisverfahren zu erbringende Richtigkeit.

Auch ein weiterer Gedankengang deutet auf eine enge Verbindung zwischen Prozeßvoraussetzungen und Strengbeweis hin. Es gibt Verfahrensvoraussetzungen, wie etwa das Vorliegen eines Strafantrages oder die Unberührtheit der Sache, bei denen es nötig ist, vor ihrer Bejahung die Tat in materiellrechtlicher Hinsicht gründlich zu klären. Es handelt sich dabei um die Situationen, in denen sich die Frage des Gegebenseins einer Prozeßvoraus-

setzung erst nach einer rechtlich zutreffenden Einordnung der Tat beantworten läßt. Hier dreht sich quasi die Logik des Rechtsganges um, indem die materielle Würdigung der Straftat die Voraussetzung einer Prozeßvoraussetzung darstellt. In diesem Falle ist die Überprüfung der Straftat auch im Hinblick auf die Prozeßvoraussetzung strengbeweislich durchzuführen, um eine spätere, notwendige Erhärtung im Strengbeweis zu vermeiden, bzw. um ein durch die mindere Qualität des Freibeweises bedingtes, möglicherweise falsches Einstellungsurteil zu verhindern.

Die Forderung, bei den Verfahrensvoraussetzungen nur das strenge Beweisverfahren zuzulassen, läßt sich abschließend auch mit den Bestrebungen untermauern, manche Prozeßvoraussetzungen in der Rückwirkungsfrage den Tatbestandsmerkmalen gleichzustellen.

Einer generellen und umfassenden Stellungnahme zum Freibeweis bedarf es an dieser Stelle nicht, seine Anwendung bei der Feststellung der Prozeßvoraussetzungen ist jedenfalls abzulehnen.

LITERATURVERZEICHNIS

- Alsberg Alsberg, Max, Der Beweis der außerhalb der Schuldfrage liegenden Momente, Goldammer's Archiv für Strafrecht 62 (1916), S.1 ff.
- derselbe Die Nachprüfung strafprozessualer Revisionsrügen auf ihre tatsächliche Grundlage, Juristische Wochenschrift 1915, S.306 ff.
- Alsberg-Nüse Alsberg, Max; Nüse, Karl-Heinz, Der Beweisanspruch im Strafprozeß, 4.Auflage, 1969
- Baumann Baumann, Jürgen, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8.Auflage, 1977
- Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann Baumbach, Adolf; Lauterbach, Wolfgang; Albers, Jan; Hartmann, Peter, Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, 37.Auflage, 1979
- Beling, Festschrift Beling, Ernst, Revision wegen "Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren" im Strafprozess, Festschrift für Karl Binding, Band 2, S.87 ff., 1911, Neudruck 1974
- Beling, Lehrbuch Beling, Ernst, Deutsches Reichsstrafprozeßrecht mit Einschluß des Strafgerichtsverfassungsrechts, 1928

Bennecke-Beling	Bennecke, Hans; Beling, Ernst, Lehrbuch des Deutschen Reichs-Strafprozessrechts, 2.Auflage, 1900
Dahs-Dahs	Dahs, Hans; Dahs, Hans, Die Revision im Strafprozeß, 1972
Dallinger	Dallinger, Wilhelm, Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, Monatsschrift für Deutsches Recht 1955, S.143 ff.
Ditzen	Ditzen, Wilhelm, Dreierlei Beweis im Strafverfahren, 1926
Dreher-Tröndle	Dreher, Eduard; Tröndle, Herbert, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 38.Auflage, 1978
Exner	Exner, Franz, Strafverfahrensrecht, 1947
Furtner	Furtner, Georg, Das Urteil im Strafprozeß, 1970
Geppert	Geppert, Klaus, Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafverfahren, 1979
Gerland	Gerland, Heinrich, Der Deutsche Strafprozeß, 1927

- Gössel Gössel, Karl Heinz, Strafverfahrensrecht, 1977
- Goldschmidt Goldschmidt, James, Der Prozeß als Rechtslage, 1925, Neudruck 1962
- Grünwald (JZ) Grünwald, Gerald, Anmerkung zum Beschluß des Bundesgerichtshofes vom 22.Oktober 1975 (BGH 26, 228 ff.), Juristenzeitung 1976, S.767 ff.
- Grünwald (MDR) derselbe, Zur verfassungsrechtlichen Problematik der rückwirkenden Änderung von Verjährungsvorschriften, Monatschrift für Deutsches Recht 1965, S.521 ff.
- Grunsky Grunsky, Wolfgang, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2.Auflage, 1974
- Hegler I Hegler, August, Mündlichkeit und Unmittelbarkeit im Prozeß, Der Rechtsgang I (1913), S.192 ff. und S.385 ff.
- Hegler II desgleichen, Der Rechtsgang II (1916), S.267 ff.
- Henkel Henkel, Heinrich, Strafverfahrensrecht, 2.Auflage, 1968
- Hillenkamp Hillenkamp, Thomas, Verwirkung des Strafanspruches durch Verfahrensverzögerung?, Juristische Rundschau 1975, S.133 ff.

- Jagusch Jagusch, Heinrich, Zum Zusammentreffen mehrerer Revisionsrügen, Neue Juristische Wochenschrift 1962, S.1417 ff.
- Jescheck (3) Jescheck, Hans-Heinrich, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 3.Auflage, 1978
- derselbe (2) Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 2.Auflage, 1972
- Kautter Kautter, Julius, Feststellung prozessual erheblicher Tatsachen im Strafprozeß, Dissertation Tübingen 1913
- Kleinknecht Kleinknecht, Theodor, Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofes (BGH 22, 90 ff.), Juristische Rundschau 1968, S.467 f.
- derselbe Strafprozeßordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 33.Auflage, 1977
- KMR I Begründet von Kleinknecht, Th.; Müller, H.; Reitberger, L., herausgegeben von Müller, Hermann; Sax, Walter, Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungs- und Ordnungswidrigkeitengesetz, Band I: Strafprozeßordnung, 6.Auflage, 1966

- Kohlhaas Kohlhaas, Max, Die Verlesung von Niederschriften über frühere Vernehmungen in der Hauptverhandlung (§ 251 StPO), Neue Juristische Wochenschrift 1954, S.535 ff.
- v.Kries, Lehrbuch von Kries, August, Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts, 1892
- derselbe Das Prinzip der Unmittelbarkeit im Beweisverfahren der deutschen Prozeßordnungen, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 6 (1886), S.88 ff.
- Kroschel-Doerner Kroschel, Th.; Doerner, Karl, Die Urteile in Strafsachen, neubearbeitet von Meyer-Gossner, Lutz, 23.Auflage, 1978
- Kühne Kühne, Hans Heiner, Strafprozeßlehre, 1978
- Löwe-Rosenberg
(Verfassersname) Löwe, Ewald; Rosenberg, W.; Dünnebier, Hanns; Gollwitzer, Walter; Meyer, Karlheinz; Meyer-Goßner, Lutz; Schäfer, Karl; Wendisch, Günter, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 23.Auflage, Band 1, 1976; Band 2, 1978; Band 3, 1978; Band 4, 1978

- Lohmann Lohmann, Die Verlesung von Schriftstücken im Strafprozeß nach Artikel 25. des Gesetzes vom 3. Mai 1852, Goldammer's Archiv für Strafrecht 18 (1870), S. 137 ff.
- Oetker Oetker, Friedrich, Das Verfahren vor den Schwur- und Schöffengerichten (Dritter Band des Handbuchs des Strafprozesses von Julius Glaser), 1907
- E. Peters Peters, Egbert, Der sogenannte Freibeweis im Zivilprozeß, 1962
- K. Peters Peters, Karl, Strafprozeß, 2. Auflage, 1966
- Redeker Redeker, Konrad, Fragen der Kontroll-dichte verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung, Die Öffentliche Verwaltung 1971, S. 757 ff.
- Rieß Rieß, Peter, Zur Revisibilität der freien tatrichterlichen Überzeugung, Goldammer's Archiv für Strafrecht 1978, S. 257 ff.
- Rosenberg-Schwab Rosenberg, Leo; Schwab, Karl Heinz, Zivilprozeßrecht, 12. Auflage, 1977

- Roxin Roxin, Claus, Strafverfahrensrecht,
15.Auflage, 1979
- Sauer Sauer, Wilhelm, Grundlagen des Prozeß-
rechts, 1919
- derselbe Allgemeine Prozeßrechtslehre, 1951
- Eb.Schmidt Schmidt, Eberhard, Anmerkung zum Urteil
des Bundesgerichtshofes (BGH 22, 90 ff.),
Juristenzeitung 1968, S.434
- Eb.Schmidt, I derselbe, Lehrkommentar zur Strafprozeß-
ordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz,
Teil I: Die rechtstheoretischen und
die rechtspolitischen Grundlagen des
Strafverfahrensrechts, 2.Auflage, 1964
- Eb.Schmidt II desgleichen, Teil II: Erläuterungen
zur Strafprozeßordnung und zum Ein-
führungsgesetz zur Strafprozeßordnung,
1957
- derselbe § 261 StPO in der neueren höchstrich-
terlichen Rechtsprechung, Juristenzei-
tung 1970, S.337 ff.
- Schneidewin Schneidewin, Der Urkundenbeweis in der
Hauptverhandlung, Juristische Rundschau
1951, S.481 ff.

- Schönke-Schröder
(Verfassername) Schönke, Adolf; Schröder, Horst;
Lenckner, Theodor; Cramer, Peter;
Eser, Albin; Stree, Walter, Strafge-
setzbuch (Kommentar), 19.Auflage, 1978
- Schorn Schorn, Hubert, Der Laienrichter in
der Strafrechtspflege, 1955
- Schwinge Schwinge, Erich, Grundlegendes Revi-
sionsrechts, 2.Auflage, 1960
- SK (Verfassername) Rudolphi, Hans-Joachim; Horn, Eckhardt;
Samson, Erich; Schreiber, Hans-Ludwig,
Systematischer Kommentar zum Strafge-
setzbuch, Band I, Allgemeiner Teil
(§§ 1-79b), 2.Auflage, 1977
- Stein-Jonas Stein; Jonas, Kommentar zur Zivilprozeß-
ordnung, bearbeitet von Grunsky,
Wolfgang (u.a.), Band II, 19.Auflage,
1972
- Thomas-Putzo Thomas, Heinz; Putzo, Hans, Zivilprozeß-
ordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz
und den Einführungsgesetzen, 10.Auflage,
1978
- Volk Volk, Klaus, Prozeßvoraussetzungen im
Strafrecht, Münchener Universitäts-
schriften, Juristische Fakultät, Band
31, 1978

- v. Weber von Weber, H., Die Prüfung von Amts wegen, Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß 57 (1933), S.91 ff.
- Willms Willms, Günther, Wesen und Grenzen des Freibeweises, Ehrengabe für Bruno Heusinger, S.393 ff., 1968
- Wroblewski Wroblewski, Herbert, "Freibeweis" im Strafverfahren?, Dissertation Jena, 1935

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.	= auch
a.A.	= anderer Ansicht
a.a.O.	= am angegebenen Ort
Abs.	= Absatz
a.F.	= alte Fassung
Anm.	= Anmerkung
Art.	= Artikel
BGBI.	= Bundesgesetzblatt
bes.	= besonders
betr.	= betreffend
bezw.	= bezweckt
BGH	= Bundesgerichtshof, Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BVerfGE	= Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwGE	= Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	= beziehungsweise
ders.	= derselbe
d.h.	= das heißt
Diss.	= Dissertation
DÖV	= Die Öffentliche Verwaltung
Einf.	= Einführung
Einl.	= Einleitung
Erl.	= Erläuterung
etc.	= et cetera
evtl.	= eventuell
f.	= folgende
ff.	= fortfolgende

Fn.	= Fußnote
G.	= Gesetz
GA	= Goldammer's Archiv für Strafrecht
gem.	= gemäß
GG	= Grundgesetz
GVG	= Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	= Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h.L.	= herrschende Lehre
h.M.	= herrschende Meinung
insbes.	= insbesondere
i.S.d.	= im Sinne des
i.S.e.	= im Sinne eines
i.V.m.	= in Verbindung mit
JR	= Juristische Rundschau
JW	= Juristische Wochenschrift
JZ	= Juristenzeitung
Kap.	= Kapitel
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht
m.w.N.	= mit weiteren Nachweisen
NATO	= North Atlantic Treaty Organization, Nordatlantische Verteidigungsgemein- schaft, Nordatlantikpakt
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	= Nummer
OLG	= Oberlandesgericht
Rdnr.	= Randnummer
RG	= Reichsgericht, Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGBl.	= Reichsgesetzblatt
s.	= siehe
S.	= Seite

s.a.	= siehe auch
sc.	= scilicet (nämlich, ergänze)
s.o.	= siehe oben
StGB	= Strafgesetzbuch
StPO	= Strafprozeßordnung
s.u.a.	= siehe unter anderem
u.	= und
u.a.	= unter anderem
usw.	= und so weiter
vgl.	= vergleiche
Vorbem.	= Vorbemerkung
VwGO	= Verwaltungsgerichtsordnung
z.B.	= zum Beispiel
ZPO	= Zivilprozeßordnung
ZStW	= Zeitschrift für die gesamte Straf- rechtswissenschaft

Lebenslauf

Geboren wurde ich, Hans Werner Többens, am 15. April 1948 als Sohn des Kaufmanns Hans Többens und seiner Ehefrau Anne, geb. Schütz, in Leer.

Nach vierjähriger Volksschulzeit bestand ich die Aufnahmeprüfung am örtlichen Gymnasium, meine dortige Schulzeit beendete ich mit der Ablegung des Abiturs im Juni 1967.

Nach Ableistung einer achtzehnmonatigen Wehrpflicht begann ich zum Sommersemester 1969 das Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Freiburg im Breisgau. Das Studium beendete ich mit dem Bestehen der ersten juristischen Staatsprüfung im Herbst 1974.

Anschließend bemühte ich mich um eine Promotion und arbeitete als Arbeitsgemeinschaftsleiter und Korrekturassistent am Institut für Öffentliches Recht der Freiburger Universität.

Nach einem Wohnortwechsel nach München im Sommer 1975 begann ich mit der Ausarbeitung meiner Dissertation. Zunächst war ich auch als Arbeitsgemeinschaftsleiter und Korrekturassistent in Grundkursen im Öffentlichen Recht tätig. Seit Oktober 1977 habe ich einen Lehrauftrag für das Fach "Staatslehre" an der Beamtenfachhochschule in München. Seit Mai 1978 verwalte ich eine Drittel-Assistentenstelle am Institut für Strafrecht der Universität München bei Herrn Professor Dr. Roxin.

